

Tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse ved fusjon,



kontinuitetsprinsippet i asl kap.13 vs reservasjonsprinsippet i aml § 16-2(2)2.pkt

Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 619
Leveringsfrist: 25.november 2009

Til sammen 13.749 ord

23.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstilling.....	1
1.2.1	Ulike regelsett.....	2
1.2.2	Ulike problemstillinger	3
1.3	Avgrensning	3
1.4	Faglig tilnærming	3
1.5	Definisjoner	5
1.5.1	Tariffavtaler	5
1.5.2	Vilkår for at aml's regler for virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse	5
1.5.2.1	"Overføring/ overdragelse"	5
1.5.2.2	"Virksomhet eller del av virksomhet"	5
1.5.2.2.1	Identitetskravet	6
1.5.2.2.2	Selvstendig økonomisk enhet	7
1.5.2.3	"Ny arbeidsgiver"	7
1.6	Veien videre.....	8
<u>2</u>	<u>AKSJELOVEN</u>	<u>9</u>
2.1	Kontinuitet i rettigheter, forpliktelse og eierskap.....	9
2.2	Unntak fra kontinuitetsprinsippet i aksjeloven kapittel 13	11
2.2.1	Ved avtale	12
2.2.2	Legale unntak	12
2.2.2.1	Kreditorer	12
2.2.2.2	Åpner opp for endring i eierandeler og eierkonstellasjon.	12

<u>3</u>	<u>ARBEIDSMILJØLOVEN</u>	<u>14</u>
3.1	Spørsmål om aml §16-2(2)2.pkt er lex specialis i forhold til kontinuitetsprinsippet....	15
3.1.1	Reelle hensyn som taler for at reservasjonsprinsippet er lex specialis	16
3.1.2	Harmoniseringsproblem kontinuitetsprinsippet vs reservasjonsprinsippet	17
<u>4</u>	<u>HENSYNET BAK REGLENE</u>	<u>19</u>
4.1	Hensyn bak kontinuitetsprinsippet i aksjeloven kapittel 13.....	19
4.2	Hensyn bak regelen om arbeidsgivers reservasjonsrett.....	19
4.3	Sammenligning av hensynene bak reglene	20
<u>5</u>	<u>HVORFOR KAN NY ARBEIDSGIVER ØNSKE Å RESERVERE SEG MOT TARIFFAVTALEN.....</u>	<u>22</u>
5.1	Tariffavtalers særpreg	22
5.2	Er det et problem for arbeidsgiver å forholde seg til flere tariffavtaler?	22
5.3	Hvor viktig er reservasjonsretten i aml § 16-2(2)2.pkt for ny arbeidsgiver?	23
5.4	Individuelle rettigheter omfattes ikke av reservasjonsretten	24
<u>6</u>	<u>DRØFTELSE AV BEGREPER RUNDT VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE.....</u>	<u>26</u>
6.1	Overdragelsestidspunktet	26
6.1.1	Overdragelsestidspunktet for kontinuitetsprinsippet.	26
6.1.2	Overdragelsestidspunktet etter arbeidsmiljølovens regler.	27
6.1.2.1	Hovedregel for overdragelsestidspunktet etter arbeidsmiljølovens bestemmelser	27
6.1.2.2	Avvik fra hovedregel om overdragelsestidspunkt	28
6.2	Rett adressat for erklæringen.....	30
6.2.1	Er rett adressat lokal- eller landsdekkende arbeidsgiverforening?.....	30
6.2.2	Gyldighet av erklæring ved feil adressat – og eventuell retting.....	32

<u>7</u>	<u>REELLE OG IKKE-REELLE OVERDRAGELSER.....</u>	<u>33</u>
7.1	Reelle overdragelser	33
7.2	Reelle hensyn som kan innskrenke ny arbeidsgivers reservasjonrett.....	33
7.2.1	Kan det være illojalt av ny arbeidsgiver å søke og fri seg fra en tariffavtale?	34
7.2.1.1	Er ny arbeidsgiver i et tariffavtaleforhold med innfusjonerte arbeidstakere?.....	35
7.2.1.2	Hva er illojale disposisjoner?	35
7.2.1.2.1	Ikke reelle overdragelser og intern omorganisering i konsern.....	37
7.2.1.2.2	Reelle overdragelser og intern omorganisering i konsern	38
7.2.1.2.3	Konjunkturer	43
7.2.1.2.4	Tilpasning til lovverket.....	43
7.2.1.2.5	Kan hensynet til lojalitet avgjøre om identitet foreligger?	44
7.2.1.3	Mulig feil adressat for reservasjonserklæringen – passivitet – illojalt av fagforening?	47
<u>8</u>	<u>UNNTAK FRA KONTRAKTSBRUDD</u>	<u>49</u>
8.1	Ved avtale	51
8.2	Ved formelle og praktiske forhold	53
8.3	Andre omstendigheter	57
8.3.1	Eierforhold.....	57
8.3.2	Diskriminering	57
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>58</u>
9.1	Lover	58
9.2	Forarbeider	58
9.3	Litteratur	59
9.4	Artikler	59
9.5	Rettsavgjørelser	60

9.6	Oppslagsverk på nettet.....	60
------------	------------------------------------	-----------

1 Innledning

1.1 Tema

I forbindelse med fusjon av to eller flere aksjeselskaper så forutsettes det å ligge et kontinuitetsprinsipp i bunn, jfr aksjeloven¹ § 13-2 ref § 13-1.

Dersom et nytt aksjeselskap etableres og to eller flere aksjeselskaper innfusjoneres i dette så vil det også her være kontinuitet i rettigheter, forpliktelser og eierskap.

Dette betyr at avtaler videreføres i det fusjonerte selskapet. Tariffavtaler i overdragende selskap vil dermed i utgangspunktet – under henvisning til kontinuitetsprinsippet - videreføres i det nye selskapet – og løpe videre inntil de eventuelt sies opp med en avtalt tid.

Hovedregelen i arbeidsmiljøloven er at det foreligger kontinuitet med hensyn til tariffavtalens overgang i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse ved fusjon, jfr arbeidsmiljøloven² § 16-2(2)1.punktum, ref § 16-1.

Arbeidsmiljøloven § 16-2(2)2.punktum er et unntak fra hovedregel – og gir ny arbeidsgiver en reservasjonsrett mot overdragende selskaps tariffavtale

1.2 Problemstilling

Denne oppgaven vil søke å belyse virksomhetsoverdragelse i form av fusjon mellom aksjeselskaper - og motstridsproblematikken som oppstår mellom kontinuitetsprinsippet i aksjelovens kapittel 13 og reservasjonsprinsippet i arbeidsmiljøloven § 16-2(2)2.punktum i

¹ Aksjeloven av 30.juni 1997 nr.44 (asl).

² Arbeidsmiljøloven av 17.juni 2005 nr.62 (aml).

denne anledning. Vekten legges på hvordan rettspraksis har løst motstridsproblemet – og hvordan juridisk litteratur ser på problemet. Ofte er det kun problemstillinger som er belyst – uten at det er trukket noen konklusjoner.

Forarbeidene sier at dersom arbeidsgiver ut ifra eget ønske ikke ønsker å overta tidligere arbeidsgivers tariffavtale så vil spørsmålet om tariffavtaleovergangen fortsatt måtte avgjøres ut i fra en konkret vurdering i den enkelte sak.³

Verken lovtekst eller lovenes forarbeider gir noen klar anvisning på løsning av motstridsproblemet – slik at man da sitter igjen med et harmoniseringsproblem av bestemmelsene.

Dersom ny arbeidsgiver ikke ønsker å benytte seg av sin reservasjonsrett følger tariffavtalen med over ved virksomhetsoverdragelsen. Da er det heller ingen motstrid mellom de to reglene.

Men det kan tenkes at det finnes andre forhold som gjør at tariffavtalen ikke følger med over – for eksempel avtale eller annet.

1.2.1 Ulike regelsett

Dette er to ulike regelsett som regulerer ulike rettsområder.

Aksjeloven omhandler reglene for etablering, drift og opphør av aksjeselskaper.

Aksjelovens kapittel 13 omhandler fusjon.

Arbeidsmiljølovens bestemmelser har som hovedformål å verne arbeidstakerne – men tidvis hensynta arbeidsgivers behov for fleksibilitet – slik som for eksempel i arbeidsmiljøloven § 16-2(2)2.pkt.

³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 271.

1.2.2 Ulike problemstillinger

Spørsmålet er i hvilke tilfeller ny arbeidsgiver har en reservasjonsrett. Dersom arbeidsgiver har en reservasjonsrett så reiser dette igjen spørsmål om reservasjonsretten skaper problemer av praktisk eller formell art.

Dernest er spørsmålet når er det arbeidsgiver ikke har en reservasjonsrett. Uten noen reservasjonsrett så følger tariffavtalen med over ved virksomhetsoverdragelse. Og da blir spørsmålet om automatisk tariffavtaleovergang kan skape problemer – slik som for eksempel formelle, legale og praktiske vanskeligheter.

Videre er det spørsmål om det kan skape problemer for ny arbeidsgiver å ha ulike tariffavtaler for ansatte som utfører like arbeidsoppgaver.

1.3 Avgrensning

Denne oppgaven vil ikke se på andre typer virksomhetsoverdragelser enn fusjoner etter aksjelovens kapittel 13. Det er ikke gjort noe for å sondre mellom aksjeloven og allmennaksjelovens bestemmelser – men fusjonskapitlene i begge lover er nær identiske.

1.4 Faglig tilnærming

De to mest sentrale lovene i denne fremstillingen er aksjeloven av 1997 og arbeidsmiljøloven av 2005 – med lovforarbeider. I tillegg så er rettspraksis fra arbeidsretten og Høyesterett sentrale – og juridisk litteratur kan være klargjørende med hensyn til nyanser i tolkningen av rettskildene.

”Aksjelovgivningen om fusjoner er tilpasset EUs 3. selskapsdirektiv (78/855/EØF) i overensstemmelse med EØS-avtalen art. 77”.⁴

⁴ Note 2022 til aksjeloven av Hugo Matre, Gyldendal Rettsdata.

Arbeidsmiljølovens bestemmelser om virksomhetsoverdragelser er blitt til gjennom EUs rådsdirektiv 77/187/EØF som senere er presiert i rådsdirektiv 98/50/EF som senere er slått sammen til rådsdirektiv 2001/23/EF.

EF-retten og EFTA-retten er derfor relevante rettskilder i forbindelse med virksomhetsoverdragelser. Arbeidsgivers reservasjonsrett i aml § 16-2(2)2.pkt er en særnorsk bestemmelse – men i fortolkningen av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens kapittel 16s forstand så er direktivene og EF-domstolens avgjørelser relevant. Da direktivene er minimumsdirektiver er det ikke noe i veien for at norsk lovgiver gir arbeidstakerne et sterkere vern enn direktivene legger opp til.

Til forskjell fra tidligere rettstilstand så må ny arbeidsgiver nå aktivt handle – han må ”skriftlig erklære overfor fagforeningen” at han ønsker å fri seg fra tariffavtalen, jfr aml § 16-2(2) 2.punktum.

Dette betyr at det ikke er alle rettskilder fra før 2005 – eller rettere sagt før loven trådte i kraft 1.januar 2006 - og som referer til forhold før 2006 -som er like relevante i tolkningen av om arbeidsgiver har sin reservasjonsrett i behold.

Høyesterett konstaterer i SAS-konsortiet dommen at ” Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven av 1977 kapittel XII A og arbeidsmiljøloven av 2005 kapittel 16 gjennomfører EU-direktiver om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse, og det er med den endrede formulering i arbeidsmiljøloven av 2005 ikke tilsiktet noen realitetsendring, se Ot.prp.nr.49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), side 256 ff. Det nærmere innhold av reglene om virksomhetsoverdragelse må etter dette fastlegges på grunnlag av EU-direktivene.”⁵

⁵ Rt-2006-71 avsnitt 68.

1.5 Definisjoner

1.5.1 Tariffavtaler

Definisjonen av en tariffavtale er ”en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold”, jfr. arbeidstvistloven⁶ § 1 nr.8.

1.5.2 Vilkår for at aml's regler for virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse

Ut fra arbeidsmiljøloven § 16-1(1) er det 3 kumulative vilkår som må være oppfylt for at reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens § 16-2(2)s forstand skal komme til anvendelse:

1.5.2.1 ”Overføring/ overdragelse”

For at en ”overdragelse” finner sted må det foreligge en rettsstiftende disposisjon som grunnlag for overdragelsen – ved fusjon vil den rettsstiftende disposisjonen være fusjonsavtalen. Teoretisk kan det tenkes at en fusjon kan finne sted ved en rettsavgjørelse eller ved lov/forskrift.

”Begrepet ”selvstendig enhet som beholder sin identitet” kodifiserer gjeldende praksis og EU-direktivet om virksomhetsoverdragelse artikkel 1 nr.1 b, og må tolkes i samsvar med rettspraksis fra Høyesterett, EF-domstolen og EFTA-domstolen”⁷.

1.5.2.2 ”Virksomhet eller del av virksomhet”

Virksomhet eller del av virksomhet” – dette begrepet er tolket vidt i EF-domstolen. Direktivets begrep omfatter blant annet ”foretak”, ”bedrifter”, ”undertaking” og ”business”. ”Virksomhetsbegrepet i § 16-1 kan neppe tolkes snevrere enn virksomhetsbegrepet i § 1-2 (1). Lovgivers intensjon har vært å gjennomføre i norsk rett 1977-direktivets art. 1 nr. 1”⁸.

⁶ Arbeidstvistloven av 5.mai 1927 nr.1 (arbtvl).

⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 338.

⁸ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 30 og Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 338.

Ved å plassere reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven, og ikke i en egen lov, har lovgiver valgt at reglene om virksomhetsoverdragelse skal følge arbeidsmiljølovens virkeområde.⁹

Problemer med å avgjøre om noe er virksomhetsoverdragelse oppstår gjerne når det er snakk om overdragelse av del av virksomhet – i tillegg er det ”avgjørende ved vurderingen af om der foreligger en overførsel i direktivets forstand om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet”.¹⁰

Virksomhetsbegrepet innebærer at det må dreie seg om en selvstendig (økonomisk) enhet samt at identiteten må være ivaretatt.

1.5.2.2.1 Identitetskravet

For avklaring av identitetskravet refereres gjerne til EF-domstolens dom av 18.mars 1986 i Saken Jozef Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir CV og Alfred Bendik en Zonen BV (61985J0024).

Momenter i avgjørelsen for om det er skjedd en overføring av en selvstendig økonomisk enhet til ny arbeidsgiver er bl.a. hvilken form for virksomhet eller bedrift det er snakk om. Videre vektlegges om det har skjedd en overtakelse av fysiske aktiva slik som bygninger og løsøre, verdien av immaterielle eiendeler på tidspunktet for overdragelsen, om ny arbeidsgiver overtar hoveddelen av arbeidsstyrken. Vekt legges også på om kundemassen overtas samt hvor identiske de økonomiske aktivitetene er før og etter overdragelsen og eventuelt hvor lenge virksomhetens drift har vært innstilt.

Særlig er det vurderingen av om identiteten er i behold som kan volde besvær.

⁹ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 19.

¹⁰ EF-domstolens dom av 18.mars 1986; Josef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir CV og Alfred Bendik en Zonen BV (61985J0024).

1.5.2.2.2 Selvstendig økonomisk enhet

Begrepet ”selvstendig (økonomisk) enhet” skal etter rettspraksis forstås som en ”organisert helhet av personer og aktiva som gjør det mulig å utøve en økonomisk virksomhet med et selvstendig formål”¹¹.

Kravet til selvstendig økonomisk enhet vil normalt være oppfylt ved overdragelse av hele virksomheter. Regelen kommer som hovedregel ikke til anvendelse av enkeltaktiva i en virksomhet.¹² Tvil kan oppstå der det er snakk om deler av virksomhet som overdras.

EF-domstolen fastslo i Rygaard-dommen (C-48/94) at overføringen skal gjelde en økonomisk enhet som er organisert på en stabil måte og der aktivitetene ikke er begrenset av en spesiell entreprise.

1.5.2.3 ”Ny arbeidsgiver”

Med ”annen arbeidsgiver” viser til at det må finne sted et skifte av arbeidsgiver for at reglene ved virksomhetsoverdragelse skal kunne komme til anvendelse.

Det må skje et skifte av rettssubjekt for at man skal kunne snakke om ny arbeidsgiver.

Selskapet er arbeidsgiver – ikke styret eller daglig leder i bedriften.

Overdragelse omfatter ikke salg av hele eller deler av en aksjepost. Det er aksjeselskapet som er arbeidsgiver - og da arbeidsgiver er samme juridiske person er det også kontinuitet i arbeidsgiverforholdet.

Endring i aksjonærstruktur omfattes ikke av regelen om virksomhetsoverdragelse. Så selv om selskapet kun har en aksjonær og han selger alle aksjene til en annen aksjonær – så er arbeidsgiver den samme – dvs arbeidsgiver er aksjeselskapet.

Skifte av aksjeselskap blir da skifte av arbeidsgiver når det er snakk om fusjon etter aksjeloven kapittel 13.

¹¹ NOU 2004:5 side 360.

¹² Rt-2006-71, avsnitt 72.

1.6 Veien videre

Oppgaven tar først for seg de to rettsprinsippene kontinuitetsprinsippet i aksjelovens kapittel 16 og reservasjonsprinsippet i arbeidsmiljølovens § 16-2(2)2.punktum - og hensynene bak dem – samt om reservasjonsprinsippet er lex specialis i forhold til aksjeloven. Deretter ser oppgaven på tariffavtaler og ny arbeidsgivers syn på reservasjonsretten. Så kommer en drøftelse av sentrale begrep rundt virksomhetsoverdragelse – slik som overdragelsestidspunktet og rett adressat for reservasjonserklæring.

Drøftelsen rundt reelle- og ikke-reelle overdragelser viser når reservasjonsretten kan være intakt. Til slutt tar oppgaven for seg andre forhold som kan være bestemmende for om en reservasjonsrett er tilstede – slik som avtaler, formelle og praktiske problemer ved overgang av en tariffavtale - samt andre omstendigheter som kan være bestemmende for om reservasjonsretten er i behold – slik som eiermessige forhold og diskriminering.

2 Aksjeloven

Aksjelovens innledningsregler §§13-1 og 13-2(1) i kapittel 13 om fusjoner lyder som følger:

§ 13-1. Hvilke selskaper omfattes

Bestemmelsene i kapitlet her gjelder fusjon mellom aksjeselskaper. Ved fusjon mellom ett eller flere aksjeselskaper og ett eller flere allmennaksjeselskaper og ved fusjon hvor vederlaget i aksjer skal ytes av et allmennaksjeselskap (jf § 13-2 annet ledd), gjelder bestemmelsene i kapittel 13 i lov om allmennaksjeselskaper.¹³

§ 13-2. Fusjonsreglenes virkeområde

(1) Sammenslåing av selskaper er undergitt reglene om fusjon i kapitlet her når et selskap (det overtakende selskapet) skal overta et annet selskaps (det overdragende selskapets) eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet mot at aksjeeierne 3 i dette selskapet får som vederlag

1. aksjer i det overtakende selskapet, eller
2. slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vedrelaget.

2.1 Kontinuitet i rettigheter, forpliktelse og eierskap

Reglene om fusjon gjelder ved sammenslåing av ”selskaper”... ”når et selskap (det overtakende selskapet) skal overta et annet selskaps (det overdragende selskapets) eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet ” blir betegnet som aksjelovens kontinuitetsprinsipp etter kapittel 13, jfr Aksjelovens § 13-2(1). Kontinuitetsprinsippet betyr som hovedregel at de eiendeler, rettigheter og plikter som besto før fusjonen videreføres i det fusjonerte selskapet.

¹³ Allmennaksjeloven av 30.juni 1997 nr.45.

Kravet om overføring ”som helhet” må refere seg til fusjonens ikraftreden ved registrering i Foretaksregisteret. Imidlertid foreligger det en begrensning i at det innfusjonerte selskap må ha en positiv verdi.¹⁴

Bestemmelsen gir rett til å overdra (også) rettigheter og plikter som ellers ikke kan overdras.¹⁵

Med ”selskaper” (asl § 13-2(1)) menes et eller flere aksjeselskap eller et eller flere allmennaksjeselskap, jfr asl § 13-1.

Fusjon ved overtakelse er det mest vanlige i Norge – mens fusjon ved nydannelse, dvs at to eller flere overdragende aksjeselskaper innfusjoneres i et nytt selskap er også omfattet av fusjonsbegrepet i asl § 13-2.¹⁶

Forarbeidene til aksjelovene beskriver prinsippet bak aksjelovens kapittel 13 slik: ”Det grunnleggende prinsipp som fusjonsinstituttet er bygget på, er at en sammenslutning av to eller flere aksjeselskaper skal kunne skje ved kontinuitet i alle rettighets- og forpliktelsesposisjoner, og slik at det ikke skjer noen endringer i de verdsettelses som kan danne basis for beslutninger om utdeling av midler fra ikke kunne ha skjedd om de selskaper som deltar i fusjonen hadde fortsatt som egne selskaper”.¹⁷

I senere NOU bekrefter at bestemmelsen i aksjelovens kapittel 13 ”viderefører det kontinuitetsprinsipp i rettighets- og pliktposisjoner som gjeldende fusjonsregler bygger på” og viser til forslagene i Ot.prp.nr.36 (1993-1994 § 14-1(3)) samt NOU 1992:29 § 15-1(3).¹⁸

Andenæs sier at kontinuitetsprinsippet i aksjeloven er en ”juridisk konstruksjon som innebærer at det overdragende selskap anses for å fortsette i det fusjonerte selskap, slik at

¹⁴ Giertsen side 98.

¹⁵ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) pkt. 11.3.1 s. 112, jfr. Note 233 til Aksjeloven av Hugo P. Matre

¹⁶ Andenæs side 584.

¹⁷ NOU 1992:29 punkt 15.2.3.1.

¹⁸ NOU 1996:3 side 172.

det ikke finner sted noe identitetsskifte i forhold til det overdragende selskaps aksjonærer og medkontrahenter”.¹⁹

Dersom et nytt aksjeselskap etableres og to eller flere aksjeselskaper innfusjoneres i dette så vil det også her være kontinuitet i rettigheter, forpliktelser og eierskap.

Dette betyr at avtaler videreføres i det fusjonerte selskapet. Tariffavtaler vil dermed i utgangspunktet – under henvisning til kontinuitetsprinsippet - videreføres i det nye selskapet – og løpe videre inntil de eventuelt sies opp med en avtalt tid.

Viktig er også at fusjon etter aksjeloven kapittel 13 omfatter kontinuitet i eierskapet - da eierskapet videreføres ved at aksjeeierne får aksjer i det overtakende selskapet som eiendeler.

Bestemmelsene om fusjon i aksjeloven skal sikre en smidig og lite inngripende overgang for de parter som har avtaler med den overdragende virksomheten. På den ene siden skal det være enkelt å overdra virksomhet for å sikre videre drift – samtidig som en overdragelse ikke skal virke forstyrrende inn på eksisterende forhold.

For at forholdet mellom partene ikke skal forrykkes så vil det i utgangspunktet være riktig at tariffavtalen følger med over .

2.2 Unntak fra kontinuitetsprinsippet i aksjeloven kapittel 13

Kontinuitetsprinsippet i aksjelovens kapittel 13 er sentralt og prinsipielt viktig – men det er ikke absolutt. Det foreligger unntak fra dette kontinuitetsprinsippet som gjør at fusjon etter aksjelovens kapittel 13 allikevel finner sted.

Forarbeidene til aksjeloven åpner opp for avvik fra kontinuitetsprinsippet. ”Selv om kontinuitetsprinsippet legges til grunn, er det ikke gitt at det må følges konsekvent. Det er nødvendig å vurdere om det kan være grunn til å oppstille særregler for begrensede problemer”.²⁰

¹⁹ Andenæs side 580.

²⁰ NOU 1992:29 side 197.

2.2.1 Ved avtale

Avtaler videreføres dersom det ikke foreligger et særskilt grunnlag for noe annet. Et slikt særskilt grunnlag kan være at avtalen selv setter vilkår om opphør eller reforhandling av avtalen i forbindelse med fusjon.

2.2.2 Legale unntak

2.2.2.1 Kreditorer

Det foreligger et legalt unntak fra kontinuitetsprinsippet ved fusjon ved at kreditorer må godkjenne virksomhetsoverdragelsen gjennom bestemmelsen asl § 13-14. Det skjer ingen automatikk i at avtaler med kreditorene følger med over til nytt selskap.

Innen en måned etter at fusjon eller fisjon er vedtatt på de respektive selskapers generalforsamling – skal dette meldes til Foretaksregisteret. Deretter har kreditorene en frist på 2 måneder til å kreve betaling eller ”betryggende sikkerhet”. Fusjonen eller fisjonen kan ikke gjennomføres før dette er på plass, jf asl § 13-13 flg og § 14-7 og asal § 13-14 flg og § 14-7.²¹

2.2.2.2 Åpner opp for endring i eierandeler og eierkonstellasjon.

At eier av aksjer i selskap(ene) som blir innfusjonert kan motta inntil 20% av vederlaget i kontanter ved siden av aksjer i det overtakende selskap er et legalt vedtatt brudd på kontinuitetsprinsippet. At det kan skje en skjevdeling mht kontantvederlaget betyr at det kan være noen aksjonærer som kun mottar penger og noen aksjonærer som mottar både penger og aksjer i det overtakende selskapet og atter andre aksjonærer som kun mottar aksjer i det overtakende selskapet. Dette bryter med Eiermessig kontinuitet – eierforholdet

²¹ Giertsen side 49.

forskyves mellom aksjonærene – og de aksjonærene som kun mottar penger forsvinner som aksjonærer.²²

Dersom ”Fisjons- eller fusjonsplanen gir for eksempel minoritetsaksjonærene i de deltakende selskapene rett til å innløse aksjene hvis planen blir godkjent”²³ så kan resultatet bli at vederlaget kan bli ansett som tilleggsvederlag i forhold til 20% grensen. Hvis ikke – så åpner utdelingen til minoritetsaksjonærene opp for et større avvik med kontinuitetsprinsippet enn 20% grensen utgjorde.

Eiermessig kontinuitet kan være bestemmende for om reglene for virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljølovens kapittel 16 kommer til anvendelse.

²² Giertsen side 125.

²³ Giertsen side 298.

3 Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven § 16-1 og § 16-2 1. og 2. ledd lyder som følger:

§ 16-1. Hva kapitlet omfatter

(1) Dette kapittel kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen.

(2) §§ 16-2 og 16-4 får ikke anvendelse ved overdragelse fra et konkursbo.

§ 16-2. Lønns- og arbeidsvilkår

(1) Tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted, overføres til den nye arbeidsgiver. Krav etter første punktum kan fortsatt gjøres gjeldende overfor den tidligere arbeidsgiver.

(2) Ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av.

Dette gjelder ikke hvis ny arbeidsgiver senest innen tre uker etter overdragestidspunktet skriftlig erklærer overfor fagforeningen at ny arbeidsgiver ikke ønsker å bli bundet. De overførte arbeidstakerne har likevel rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakere.

Nytt i arbeidsmiljøloven av 2005 er nettopp at tariffavtalen følger med over i forbindelse med virksomhetsoverdragelse. I den tidligere arbeidsmiljølov var hovedregelen at tariffavtalen ikke fulgte med over til ny arbeidsgiver. Ansattes stillingsvern er tilsynelatende styrket i den nye loven.

Imidlertid så åpner den nye arbeidsmiljøloven § 16-2(2)2.pkt opp for at arbeidsgiver kan reservere seg mot å la tariffavtalen følge med over ved virksomhetsoverdragelse – slik som for eksempel ved fusjon. Det er ny arbeidsgiver som ensidig har denne retten – og han må skriftlig påberope seg den overfor arbeidstakers fagforening innen 3 uker etter

overdragelsen. Jakhelln fremhever at dette ”bryter for så vidt med prinsippet i den kollektive arbeidsrett om tariffpartenes likestilling.”²⁴ Bestemmelser i tariffavtalen som får direkte betydning i det individuelle arbeidsforholdet omfattes ikke av reservasjonsretten – dette gjelder både etter den gamle arbeidsmiljøloven, jfr § 73B nr.2 samt i den nye arbeidsmiljøloven § 16-2(2)3 pkt. Etter lovforarbeidene gjaldt det tidligere at ”bestemmelser som i hovedsak regulerer rettigheter og plikter mellom partene i tariffavtalen, ikke overføres ved en virksomhetsoverdragelse. Dette gjelder for eksempel bestemmelser om tillitsvalgtes arbeidsforhold, forbud mot eller vilkår for arbeidskamp, samt regler om behandlingsmåten av så vel rettstvister som interesselvister.”²⁵ Det er disse bestemmelsene av mer kollektiv art som etter ny arbeidsmiljølov følger med over til ny arbeidsgiver, jfr aml § 16-2(2)1.pkt – samtidig som samme bestemmelses 2.punktum åpner opp for at ny arbeidsgiver kan reservere seg mot dette.

3.1 Spørsmål om aml §16-2(2)2.pkt er lex specialis i forhold til kontinuitetsprinsippet.

Spørsmålet er om reservasjonsprinsippet i arbeidsmiljølovens kapittel 16 er å regne som lex specialis i forhold til aksjelovens bestemmelser i kapittel 13 – og at reservasjonsprinsippet i kraft av dette overstyrer kontinuitetsprinsippet.

Giertsen²⁶ fremholder at ”På de punkter hvor arbeidsmiljøloven eller annen arbeidsrett ikke forplikter det overtakende selskap som ny arbeidsgiver til å tre inn i det overdragende selskapets forpliktelser, oppstår spørsmålet om arbeidstakerne i stedet kan påberope den selskapsrettslige universalsuksesjon (kontinuitetsprinsippet) Den alminnelige regelen må her trolig bli at den arbeidsrettslige reguleringen må gå foran. Denne må anses som lex specialis i forhold til (allmenn) aksjelovens suksesjonsregel. Selskapsrettens suksesjonsregler er derimot normalt avgjørende i relasjon til rettigheter og forpliktelser der avvikende arbeidsrettslige regler blir gitt”

²⁴ Jakhelln side 572.

²⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 268.

²⁶ Giertsen side 242.

Giertsen skrev dette i 1999 - dvs før arbeidsmiljøloven av 2005 – der departementet ikke tok standpunkt til om arbeidsmiljølovens bestemmelser er lex specialis med hensyn til reservasjonsprinsippet.

I den gamle loven var hovedregelen at tariffavtalen ikke fulgte med over – mens i arbeidsmiljøloven 2005 er hovedregelen at tariffavtalen følger med over – men arbeidsgiver er samtidig gitt en betinget reservasjonsrett. Dermed er Giertsens drøftelse ikke like relevant lenger – problemstillingen etter dagens regler er om det finnes begrensninger i arbeidsgivers reservasjonsrett.

Arbeidsretten har i Hakon-dommen²⁷ sett på om arbeidsmiljøloven er lex specialis i forhold til suksesjonsprinsippet i aksjeloven. Arbeidsretten viser til juridisk litteratur – og konkluderer med at det finnes avvikende oppfatninger om tariffavtalers stilling ved fusjon. Retten trekker for eksempel frem Fougner²⁸ fremstilling – der han etter en grundig drøftelse holder konklusjonen ”nokså åpen”.

3.1.1 Reelle hensyn som taler for at reservasjonsprinsippet er lex specialis

Fleischer sier at en lovs formål i all enkelhet kan defineres som det eller de reelle hensyn som loven eller lovgiveren tar sikte på å fremme.²⁹

Da aksjeloven beskytter eiernes interesser – mens arbeidsmiljøloven skal verne arbeidstakernes interesser – så kan dette tyde på at det er reservasjonsprinsippet som normalt bør gå foran – da reservasjonsprinsippet kan sies å være til arbeidsgivers gunst – og er et unntak fra hovedregelen i arbeidsmiljølovens § 16-2(2)1.pkt som verner arbeidstakernes interesser.

²⁷ ARD-2001-1.

²⁸ Fougner, side 67 flg.

²⁹ Fleischer side 124.

Mads Andenæs fremhever at effektivitetshensyn kan ses som en form for formålsbetraktning.³⁰ Siden lovgiver har funnet det formålstjenlig å gi arbeidsgiver en reservasjonsrett – så taler presumpsjonen for at reservasjonsretten bør kunne anvendes om det ikke foreligger sterke grunner som taler imot. Slike sterke grunner kan for eksempel være at en reservasjonsrett går på bekostning av mer generelle og viktige grunnleggende hensyn som f.eks. rettssikkerhet i form av forutberegnelighet - og lojalitet i avtaleforhold.

Hovedregelen synes etter dette å være at arbeidsmiljøloven § 16-2(2)2.pkt i praksis kan betraktes som *lex specialis* i forhold til kontinuitetsprinsippet i aksjelovens kapittel 13 – om det ikke foreligger noen unntakssituasjon slik som et ”særskilt grunnlag”.³¹

For å vurdere om det foreligger en unntakssituasjon så må man i hvert enkelt tilfelle foreta en totalvurdering – hvorvidt det er rimelig at tariffavtalen skal følge med over til ny arbeidsgiver eller ikke i lys av bakgrunnsretten – under forutsetning av at ny arbeidsgiver har fremsatt en reservasjonserklæring i rett tid til rett adressat – samt at det dreier seg om en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand.

3.1.2 Harmoniseringsproblem kontinuitetsprinsippet vs reservasjonsprinsippet

Forarbeidene sier videre etter omtalen av Hakon dommen ”Utgangspunktet må etter dette være at de rettigheter og plikter som følger av at det overdragende selskap er tariffbundet overføres til det overtakende selskap.”³² Videre fremsettes en reservasjon: ”Det kan imidlertid tenkes unntak fra dette utgangspunkt. I vurderingen må det blant annet tas hensyn til eierforholdene i de fusjonerte selskapene, hvordan selskapenes tariffrettslige posisjoner er og hva som er grunnlaget for selskapenes tariffbundethet”³³ – se kapittel 7 og 8.

³⁰ Andenæs, Rettskildelære side 67.

³¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 271.

³² NOU 2004:5 side 394.

³³ NOU 2004:5 side 394.

I forarbeidene til 2005-loven, som kom etter NOU 2004:5, står det at ”forslaget ikke vil få betydning i forhold til hva som skal gjelde ved fusjoner etter aksjeloven kapittel 13”³⁴ – dvs. at ny arbeidsmiljølov ikke endrer rettstilstanden på dette felt. Videre i proposisjonen står det: ”Dette vil fortsatt bero på en tolkning av generalsuksesjonsklausulen (kontinuitetsprinsippet) i aksjeloven. Dersom arbeidsgiver ikke av eget ønske velger å overta tidligere arbeidsgivers tariffavtale vil spørsmålet om tariffavtaleovergangen fortsatt måtte avgjøres ut i fra en konkret vurdering i den enkelte sak.”

Da forarbeidene sier at ny lov ikke får betydning i forhold til hva som gjelder ved fusjoner etter kapittel 13 i aksjeloven så sitter man igjen med et harmoniseringsproblem av reglene.

³⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 271.

4 Hensynet bak reglene

4.1 Hensyn bak kontinuitetsprinsippet i aksjeloven kapittel 13

Hensynet bak reglene i aksjeloven er primært å ivareta aksjonærenes – dvs eiernes – interesser.

Forarbeidene til kapittel 13 i aksjeloven sier: ”Kontinuitetsprinsippet danner grunnlaget for å ta bort rettslige hindringer for endringer og omstillinger i næringslivet som ofte vil foreligge ellers, f.eks. ved kjøp av en virksomhet. Ikke minst viktig er kontinuitetsprinsippet i forbindelse med bedriftsbeskatningen. Selv om skattespørsmålene ligger utenfor denne utredningen, er det på det rene at de er sentrale i all tenkning om fusjon av aksjeselskaper, ikke minst innenfor EF”.³⁵

Aksjeselskapsformen kjennetegnes ved at de gir eierne et begrenset ansvar som tilsvarer innskutt aksjekapital. Aksjeselskapers formål er normalt å tjene mest mulig penger til fordel for eierne. Aksjelovene legger den legale rammen for aksjeselskap som organisasjonsform i Norge.

Aksjelovens bestemmelser i kapittel 13 er primært å legge forholdene til rette for rasjonelle omstruktureringer i næringslivet – uten at dette utløser skatt – verken på aksjeselskapet selv eller aksjeeiernes hånd.

4.2 Hensyn bak regelen om arbeidsgivers reservasjonsrett

Hensynet bak reglene i arbeidsmiljøloven er primært å verne arbeidstakerne - som presumeres å være den svake part vis a vis arbeidsgiver. Regler som verner arbeidstakerne står i interessekonflikt til arbeidsgiver og går på bekostning av arbeidsgivers styringsrett.

Hensynet bak reglene i kapittel 16 i arbeidsmiljøloven er ”vern om arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse.”³⁶

³⁵ NOU 1992:29 punkt 15.2.3.1.

³⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 256.

Kapittel 16 i arbeidsmiljøloven ble etablert på grunnlag av Rådskonferansedirektiv 77/187/EØF og Rådskonferansedirektiv 98/50/EF som siden er slått sammen til Rådskonferansedirektiv 2001/23/EF som skal beskytte arbeidstakernes interesser. Direktivet angir medlemslandenes minstekrav til vern som skal beskytte arbeidstakernes interesser – hvert enkelt EØS/EU-land kan selv bestemme om de utformer regler som ivaretar arbeidstakerne i enda større grad.³⁷

Arbeidsgivers reservasjonsrett i aml § 16-2(2) 2 setning er et brudd på vernet av arbeidstakerne ved virksomhetsoverdragelse – da regelen gir ny arbeidsgiver en ensidig rett til å fri seg fra tariffavtale som arbeidstakernes representanter har fremforhandlet med arbeidsgiver eller arbeidsgivers representanter. Grunnen til at ny arbeidsgiver er gitt denne rettigheten er at departementet mente det vil være ”uheldig hvis en regel om at ny arbeidsgiver måtte overta tidligere arbeidsgivers tariffavtale... skulle stå i veien for ellers hensiktsmessige restruktureringer i næringslivet.”³⁸ Departementet pekte også på at det også kan ”oppstå andre både formelle og praktiske vanskeligheter”³⁹ dersom det forelå automatikk i at ny arbeidsgiver overtok gammel tariffavtale.

Imidlertid så gir regelen tilsynelatende økt vern for arbeidstakere sammenlignet med rettstilstanden før arbeidsmiljøloven av 2005 – da hovedregelen var at tariffavtalen ikke fulgte med over til ny arbeidsgiver ved virksomhetsoverdragelse.

Men forarbeidene sier at det ikke var tilsiktet å gi arbeidstaker noe økt vern – da rettstilstanden ble antatt å være uforandret i ny lov. Men dagens regel fordrer at ny arbeidsgiver aktivt reserverer seg – mens tidligere regel ga en automatisk overgang av tariffavtalen, med unntak av forhold som skyldtes ”særskilte grunnlag”.⁴⁰

4.3 Sammenligning av hensynene bak reglene

Arbeidsmiljøloven og aksjeloven beskytter i utgangspunktet ulike interesser.

Men da hovedregelen ble at tariffavtalen følger med over ved virksomhetsoverdragelse, jfr arbeidsmiljøloven § 16-2(2)1.pkt så valgte lovgiver samtidig å gi arbeidsgiver en betinget

³⁷ Jakhelln side 517.

³⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 270.

³⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 270.

⁴⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 271.

reservasjonsrett i aml § 16-2(2)2 pkt – og da var en av begrunnelsene at da kunne ”arbeidsgiver i de tilfeller der en tariffavtaleovergang vil støte på formelle eller praktiske problemer, velge å ikke overta avtalen”.⁴¹

En annen begrunnelse var hensynet til å lette omstruktureringer av næringslivet.

I et videre perspektiv kan det hevdes at også arbeidstakerne kan være tjent med et regelregime som er omstillingsvennlig for næringslivet – da dette på sikt vil gi økt effektivitet og grunnlag for økt verdiskaping som gir et større økonomisk resultat - som igjen gir grunnlag for økt aksjeverdi eller økt utbytte til aksjonærene, økte lønninger til arbeidstakerne og større velferd til samfunnet som helhet gjennom økt skatteinnngang.

⁴¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 270.

5 Hvorfor kan ny arbeidsgiver ønske å reservere seg mot tariffavtalen

5.1 Tariffavtalers særpreg

Jakhelln sier at ”En tariffavtale er en rammeavtale som gir normer for hva en arbeidsavtale kan inneholde i de arbeidsforhold som tariffavtalen gjelder for, eller som regulerer forholdet mellom tariffavtalens parter.”⁴²

Tariffavtaler har avgjørende betydning for innholdet av de individuelle arbeidsavtaler, jfr ufravikelighetsprinsippet i arbeidstvistlovens § 3 nr.3. ”Dette prinsipp går ut på at bestemmelser i den individuelle arbeidsavtale som strider mot tariffavtalen er ugyldige hvis begge parter er bundet av tariffavtalen.”⁴³ Jakhelln sier at særpreget ved tariffavtaler fremfor andre rammeavtaler er det lovfestede ufravikelighetsprinsipp.⁴⁴

En annen side ved tariffavtaler er at de lønns- og arbeidsvilkår som fastsettes i en tariffavtale også virker konkurranseregulerende med det formål å unngå konkurranse mellom bedrifter og mellom arbeidstakere basert på lavere lønn eller dårligere arbeidsvilkår.⁴⁵

5.2 Er det et problem for arbeidsgiver å forholde seg til flere tariffavtaler?

Arbeidsgivere ønsker normalt å ha så få tariffavtaler som mulig å forholde seg til. Det er mer rasjonelt, tidsbesparende og kostnadseffektivt for en arbeidsgiver å ha få avtaler og administrere. Ansatte som arbeider innenfor samme fagfelt og med de samme arbeidsoppgavene kan også ha et ønske om å være tilknyttet samme tariffavtale. Ansatte som følger med over til ny arbeidsgiver ønsker ikke å miste fordeler de tidligere har fremforhandlet med tidligere arbeidsgiver – så dersom opprinnelig tariffavtale er bedre enn den tariffavtalen de kan oppnå hos ny arbeidsgiver – så ønsker de overførte ansatte å beholde tidligere tariffavtale.

⁴² Jakhelln side 25.

⁴³ Eckhoff side 255.

⁴⁴ Jakhelln side 112.

⁴⁵ Jakhelln side 105.

Det kan også være andre praktiske og formelle sider som gjør at ny arbeidsgiver ikke ønsker å overta tariffavtalen, se kapittel 8.

5.3 Hvor viktig er reservasjonsretten i aml § 16-2(2)2.pkt for ny arbeidsgiver?

Spørsmål kan stilles om hvor viktig det er for arbeidsgiver å ha en reservasjonsrett – da de andre nordiske landene har falt ned på ulike løsninger.

Forarbeidene⁴⁶ viser at Finland står som det ene ytterpunktet – der følger tariffavtalen over uten noen form for unntak – mens Norge sto for det andre ytterpunktet – der tariffavtalen ikke fulgte med over før 2005-lovgivningen. Sverige og Danmark har valgt mellomløsninger. Sveriges løsning er at tariffavtalen følger med over med mindre arbeidsgiver allerede har en annen tariffavtale som kan anvendes. I Danmark følger tariffavtalen over med mindre ny arbeidsgiver reserverer seg mot dette.

Norge har i ny norsk arbeidsmiljølov falt ned på Danmarks modell for håndtering av tariffavtaler ved virksomhetsoverdragelser, dog med en annen reservasjonsfrist.

Selv om tradisjoner og praksis med hensyn til hva de ulike landene har valgt å løse gjennom tariffavtaler eller lovgivning er ulik – så fremstår tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelser mer som et politisk valg mellom arbeidsgivers og arbeidstaker/arbeidstakerorganisasjoners preferanser enn kun som et rasjonelt valg. Ny arbeidsmiljølov kan ved første øyekast synes å styrke norske arbeidstakers vern ved at hovedregel nå, er at tariffavtalen følger med over – men på den annen side så fikk arbeidsgiversiden en betinget reservasjonsrett.

Dersom ny arbeidsgiver velger å benytte seg av reservasjonsretten mot tariffavtalen så innebærer dette at ”adgangen til arbeidskamp for å oppnå tariffavtale står åpen for arbeidstakerene på vanlig måte.”⁴⁷ Jakhelln fremholder at ”fagforeningen vil derfor kunne

⁴⁶ NOU 2004:5 side 394 flg.

⁴⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 339.

kreve forhandlinger og gjøre bruk av plassoppsigelse med 14 dagers varsel om slike forhandlinger skulle bli avslått eller ikke føre frem.”⁴⁸

Både arbeidsgiver og arbeidstakerne ønsker ro på arbeidsplassen.⁴⁹ Da de fleste tariffavtaler reforhandles etter to år⁵⁰ – så vil det være mindre enn to år til ny arbeidsgiver kan reforhandle tariffavtalen dersom den følger med over.

5.4 Individuelle rettigheter omfattes ikke av reservasjonsretten

Arbeidsmiljølovens § 16-2(2) 3 pkt sier at ”De overførte arbeidstakerne har likevel rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiver var bundet av.”

Videre heter det i arbeidsmiljøloven § 16-2(2) 4.pkt: ”Dette gjelder inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakere.”

I forarbeidene heter det: ”Bestemmelsene i tredje og fjerde punktum viderefører dagens regel om overføring av individuelle lønns- og arbeidsvilkår med grunnlag i tariffavtale. Selv om den nye arbeidsgiveren erklærer at han ikke vil bli bundet av tariffavtalen, så vil de overførte arbeidstakerne ha rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtalen som den tidligere arbeidsgiver var bundet av. Bestemmelsen presiserer at tariffavtalens individuelle rettigheter binder den nye arbeidsgiveren inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiveren og de overførte arbeidstakerne.”⁵¹

Arbeidsgiver og arbeidstakerne må derfor foreta seg noe aktivt for at ny arbeidsgivers eksisterende tariffavtale skal kunne omfatte de overførte arbeidstakerne, se kapittel 8.

⁴⁸ Jakhelln side 573.

⁴⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 270.

⁵⁰ Stokke/Evju/Frøland side 68.

⁵¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 339.

Det kan synes som at det viktigste for arbeidstakerne er at de individuelle arbeidsvilkårene videreføres inntil det avtales noe annet – og at den kollektive delen av tariffavtalen ikke fremstår som like viktig. De individuelle rettighetene ”kan være bestemmelser om lønn, permisjon, ferie med videre.”⁵²

⁵² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 271.

6 Drøftelse av begreper rundt virksomhetsoverdragelse

I denne delen omtales begreper omkring virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljølovens kapittel 16. Her er også tatt inn drøftelser i forbindelse med fastsetting av overdragelsestidspunkt samt hvem som er rett adressat for reservasjonserklæringen.

6.1 Overdragelsestidspunktet

Er overdragelsestidspunktet identisk etter kontinuitetsprinsippet og reservasjonsprinsippet? Spørsmålet om fastsettelse av tidspunktet for når en virksomhetsoverdragelse etter aml § 16-2(2)2.punktum finner sted danner utgangspunktet for lovens tidsfrist på 3 uker for ny arbeidsgivers reservasjon. Hverken loven eller forarbeidene gir klare holdepunkter for fastsettelse av overdragelsestidspunktet.

Innenfor kontraktsretten skiller man gjerne mellom avtaletidspunktet og det etterfølgende overføringstidspunktet eller overdragelsestidspunktet. Overgangen av rettigheter og plikter mellom partene finner som hovedregel sted ved overdragelsen.

Da det etter loven er ”ny arbeidsgiver” som har en reservasjonsrett så er det lite praktisk å snakke om ”ny arbeidsgiver” før overføringen av virksomheten er en realitet.

Loven gir støtte for at utgangspunktet for fristberegningen av 3-ukersfristen er tidspunktet for overføringen av virksomheten – som dermed gir overdragelsestidspunktet

6.1.1 Overdragelsestidspunktet for kontinuitetsprinsippet.

Spørsmålet er når tidspunktet for virksomhetsoverdragelse er etter kontinuitetsprinsippet.

Ikraftredelse av fusjonen samsvarer med overdragelsestidspunktet etter kontinuitetsprinsippet i aksjeloven § 13-2 ref § 13-1 - og overdragelse av rettigheter og forpliktelser skjer når fusjonen er registrert i foretaksregisteret, jfr asl § 13-16.

Registreringen i foretaksregisteret skjer først etter at kreditorer og andre som måtte ha innvendinger mot fusjonen har fått gjort sine innvendinger gjeldende, jfr. asl § 13-15 ref § 13-14 samt § 13-19 og følgende paragrafer om ugyldig fusjon.

Ikraftttredelse av fusjonen er et entydig tidspunkt som gir sterk grad av notoritet og publistet.

I lovforarbeidene til aksjeloven uttalte Brønnøysundregistrene i en høring ” Vi gir vår tilslutning til at iverksettelsen av sammenslåingen først trer ikraft ved registrering i Foretaksregisteret. Blant annet antar vi at en slik lovutforming gir mer grunnlag for å styre sammenslåingsprosessen, f.eks. for de tilfellene selskapet må søke konsesjon hos offentlige myndigheter.”⁵³

6.1.2 Overdragelsestidspunktet etter arbeidsmiljølovens regler.

6.1.2.1 Hovedregel for overdragelsestidspunktet etter arbeidsmiljølovens bestemmelser

Tidspunktet for overdragelse ble belyst i ALT-dommen⁵⁴ som gjaldt for fusjonen der Petroleumsvirksomheten til Norsk Hydra asa ble innfusjonert i Statoil asa.

Arbeidsretten la ut ifra lovtekniske hensyn vekt på fordelene ved en klar og generell regel om hvilket tidspunkt som skal danne utgangspunkt for fristberegningen . Arbeidsretten falt ned på at tidspunktet for overføringen skulle danne utgangspunkt for fristberegningen på 3 uker. I denne avgjørelsen fant Arbeidsretten at overføringen fant sted da fusjonen ble registrert i Foretaksregisteret.

At overdragelsestidspunktet ved fusjonstilfeller i allminnelighet må ”settes til det tidspunktet hvor fusjonen er registrert gjennomført i Foretaksregisteret” var både flertall og mindretall enige om i dissensdom.⁵⁵ Hovedregelen etter arbeidsmiljølovens kapittel 16 fremstår som at overdragelsestidspunktet settes til registreringstidspunktet av fusjonen i Foretaksregisteret.

⁵³ Ot.prp.nr.23.(1996-1997).

⁵⁴ ARD-2008-8.

⁵⁵ ARD-2008-13 avsnitt 103.

6.1.2.2 Avvik fra hovedregel om overdragelsestidspunkt

Spørsmålet er om en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljølovens regler kan finne sted før fusjonen blir registrert i Foretaksregisteret.

Til tross for at tidspunktet for registrering av fusjonen i Foretaksregisteret fremstår som en hovedregel så velger Arbeidsrettens flertall i D&F Group-dommen⁵⁶ å fastsette overdragelsestidspunktet til et tidspunkt før fusjonen ble registrert i Foretaksregisteret. Her legges ikke tidspunktet for registrering av fusjonen i Foretaksregisteret til grunn som overføringstidspunktet for overdragelsen der 3-ukersfristen begynner å løpe.

I denne avgjørelsen settes overdragelsestidspunktet til den datoen da fusjonsplanen ble godkjent av begge de berørte selskapenes generalforsamlinger.

Saken omhandler fusjon av de to søsterselskaper D&F Group Stavanger as og D&F Group as som begge var 100% eid av samme selskap. I dette tilfellet foregikk overføringen over tid og i flere etapper.

Året i forveien hadde det selskapet som senere ble innfusjonert - blitt kjøpt opp med tanke på en samordning for å frigjøre synergieffekter. Primært var det kun kreditorene som kunne forhindre en fusjon etter beslutning om fusjon på begge selskapers generalforsamlinger i mai.

Arbeidsretten legger i avgjørelsen vekt på at arbeidsmiljølovens kapittel 16 kommer til anvendelse utifra ”de reelle forhold i saken.”⁵⁷

Arbeidsretten sier: ”Fusjonsplanen inneholder flere elementer som viser at de to selskapene både formelt og reelt har søkt å foregripe den formelle gjennomføringen av fusjonen.”⁵⁸

”Den overtakelsen av disposisjonsretten i vid forstand som da forelå, har etter rettens syn den nødvendige grad av bestandighet som må kreves for at et forhold skal kunne karakteriseres som virksomhetsoverdragelse.”⁵⁹

⁵⁶ ARD-2008-13 avsnitt 77 og 78

⁵⁷ ARD-2008-13 avsnitt 69.

⁵⁸ ARD-2008-13 avsnitt 71.

Retten krever ikke at overdragelsen er absolutt og dermed i praksis irreversibel – slik som når fusjonen blir registrert i Foretaksregisteret.

Videre sier arbeidsretten: ”Det forhold at de to aktuelle selskapene har foregrepet generalforsamlingens godkjenning av fusjonsplanen ved blant annet å overføre arbeidsstokken ved D&F Group Stavanger AS til D&F Group AS med virkning fra 1. april 2008, kan ikke føre til at «overdragelsestidspunktet» etter arbeidsmiljølovens § 16-2 (2) settes til denne dato. Notoritetsbetraktning tilsier etter rettens syn på avgjørende måte at overdragelsestidspunktet settes til den datoen hvor fusjonsplanen ble godkjent av begge de berørte selskapers generalforsamling.”⁶⁰

I ARD-2008-8 la også Arbeidsretten vekt på notoritetsbetraktning ved fastsettelsen av overdragelsestidspunktet. Den gang var det registreringen av fusjonen i Foretaksregisteret som ble lagt til grunn – og som fremstår som hovedregelen for fastsettelse av tidspunktet for overdragelsen.

I D&F Group-dommen vektlegges også notoritetsbetraktning – men retten sier at tidspunktet for godkjenning av fusjonsplanen på begge selskapers generalforsamlinger er tilstrekkelig for tidfesting av virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand.

Da staten er stor dominerende eier i både Norsk Hydro asa og Statoil asa – så kunne man også her si at overdragelsen var skjedd da de to selskaperes generalforsamlinger hadde vedtatt fusjonen. Eventuelle innsigelser fra kreditorene kunne enkelt vært avhjulpet ved innhenting av frisk kapital fra eierne – eller fra staten i en rettet emisjon. I Hydro/Statoil-saken ble imidlertid de to selskapene holdt adskilt inntil fusjonen var registrert i Foretaksregisteret. Dette dreide seg om store børsnoterte allmennaksjeselskaper i motsetning til D&F Group- selskapene.

I D&F Group var det skjedd en samordning over tid.

⁵⁹ ARD-2008-13 avsnitt 76.

⁶⁰ ARD-2008-13 avsnitt 77.

Arbeidsrettens mindretall (2 av 7 dommere) mente at forholdene i denne saken⁶¹ ikke var så spesiell at det var noen grunn til å legge et tidligere tidspunkt til grunn som ”overdragelsestidspunktet” enn tidspunktet for registrering av fusjonen i Foretaksregisteret. Rettens mindretall peker på at det kan herske usikkerhet med hensyn til om fusjonen blir gjennomført inntil registreringen i Foretaksregisteret har funnet sted.

Tidspunktet for registrering av fusjonen i Foretaksregisteret fremstår da som hovedregel – mens det skal særskilte grunner til for å nytte et annet tidspunkt.

Spørsmålet blir da i hvilke situasjoner eller tilfeller er det at overdragelsestidspunktet avviker fra tidspunktet da fusjonen trer ikraft. Konklusjonen er at dette må konkret avgjøres i hvert enkelt tilfelle – der vekten legges på hva som er realiteten i overdragelsesøyemed og ikke kun på det formelle. Dette gir redusert forutberegnelighet for ansatte og ny arbeidsgiver med henyn til når overdragelsestidspunktet finner sted.

6.2 Rett adressat for erklæringen

6.2.1 Er rett adressat lokal- eller landsdekkende arbeidsgiverforening?

Spørsmålet er om det er den overordnede landsdekkende fagforeningen som skal ha erklæringen eller om det er tilstrekkelig at det den lokale fagforening som får erklæringen.

Forarbeidene sier at det er den arbeidstakerforeningen som ”har rådigheten” i tariffavtaleforholdet som skal varsles.⁶²

Spørsmålet blir så hvilken fagforening det er som har ”rådigheten” i tariffavtaleforholdet.

Arbeidsretten tolker departementets bruk av uttrykket ”rådigheten” til at det var ment å gi uttrykk for at det ikke er de formelle forhold på arbeidstakersiden, men de reelle forhold i tilknytning til utøvelsen av ulike sider ved rådigheten over tariffavtalen i forhandlinger og

⁶¹ ARD-2008-13 avsnitt 103.

⁶² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 338.

på annen måte overfor arbeidsgiversiden, som er avgjørende for hvem som er rette addressat for den aktuelle type erklæringer.⁶³

Jakhelln hevder at det ikke vil være tilstrekkelig å avgi erklæring overfor den lokale fagforening om det er et landsomfattende forbund som er part i tariffavtalen⁶⁴.

Dette betyr at det ikke er Landsorganisasjonen (LO) som er rett adressat – men den gjeldende landsdekkende foreningen – slik som for eksempel YS.

Stein Evju mener at arbeidsrettens standpunkt er ”forbausende – både ut fra rettens eget resonnement om arbeidstvistlovens § 8 og i forhold til grunnleggende tariffrettslige normer”.⁶⁵

Stokke/Evju/Frøland sier at om ”avtalen er inngått av organisasjoner som står i et hierarkisk forhold til hverandre, for eksempel en hovedorganisasjon eller et forbund, vil det som alminnelig regel bare være den overordnede organisasjonen som formelt sett anses som tariffpart og derved har den rådighet over tariffavtalen som følger av partsstillingen.”⁶⁶

Arbeidstvistlovens § 8 sier at det bare er den overordnede fagforening, eller overordnet arbeidsgiverforening eller arbeidsgiver som har søksmålsrett. ”Den overordnede fagforening eller arbeidsgiverforening kan dog skriftlig overdra sin søksmålsrett til underavdeling som har undertegnet avtalen”, ref arbtvl § 8(1)2.punktum.

Da ”formålet med bestemmelsen er å sikre ensartethet for tvister som omhandler samme tariffavtale”⁶⁷ ref § 8 i arbeidstvistloven – så er vel Evjus ståsted at det er naturlig at erklæring avgis overfor overordnet fagforening – da det er den som har kompetanse til å ta en tvistesak inn for Arbeidsretten.

Arbeidsretten tar ikke definitivt stilling til hvem som har ”rådigheten” over tariffavtalen på arbeidstakersiden i denne konkrete saken – men viser til at passivitet fra YS som

⁶³ ARD-2008-13 avsnitt 85.

⁶⁴ Jakhelln side 572.

⁶⁵ Nytt fra Privatretten nr.4./2008: Fusjon, diskontinuitet for tariffavtale. Reservasjon før overdragelse, aml. § 16-2 – Arbeidsrettens dom 20.oktober 2008 (Inr.24/2008).

⁶⁶ Stokke/Evju/Frøland side 123.

⁶⁷ Henning Jakhelln, note 43, norsk lovkommentar.

landsomfattende fagforbund for Verkstedsoverenskomsten har utvist må binde arbeidstakersiden. YS visste tidlig i prosessen om reservasjonserklæringen men unnlot å protestere på at erklæringen var sendt feil adressat.

6.2.2 Gyldighet av erklæring ved feil adressat – og eventuell retting

Videre reiser det spørsmålet om gyldigheten av erklæringen dersom feil fagforening er adressat – og om dette eventuelt kan avhjelpes.

Så lenge dette avhjelpes innen 3-ukersfristen – og meldingen sendes den overordnede arbeidstakerorganisasjonen – så bør det uansett ikke være noe problem.

Arbeidsretten legger til grunn⁶⁸ en pragmatisk holdning til spørsmålet om rett adressat – og så lenge YS har hatt tid og mulighet til å komme med innvendinger i adressatspørsmålet (men YS ikke protesterte) så synes det som at Arbeidsretten mener vilkåret om rett adressat er oppfylt. Passivitet kan anses å være illojalt når arbeidstakersiden burde forstått at avsender sendte erklæringen til feil adressat. På den annen side så er det arbeidsgivers-/arbeidsgiverorganisasjons plikt å sørge for at erklæringen kommer rett frem.

Arbeidsretten mener at dersom lovgiver hadde ment at ”det er et gyldighetsvilkår at erklæringen blir fremsatt overfor den fagforeningen som er overordnet part i tariffavtaleforholdet” så ville dette klart vært uttalt i lovtekst eller forarbeidene til aml § 16-2(2).⁶⁹

Arbeidsretten går her muligens litt langt – det burde være nok å forholde seg til alminnelige avtalerettslige prinsipper om fremsettelse av erklæringer.

En mulig konklusjon for hele kapittelet er at retten gjennomgående vektlegger de reelle forhold i sakene fremfor de formelle i sine avgjørelser.

⁶⁸ ARD-2008-13.

⁶⁹ ARD-2008-13 avsnitt 84.

7 Reelle og ikke-reelle overdragelser

7.1 Reelle overdragelser

Securitas-dommen⁷⁰ viser til kriteriene for at ny arbeidsgiver kan fri seg fra tariffavtalen: Det var en reell overdragelse av del av virksomhet til en ny, selvstendig eier. Lang rettspraksis har vist at ved reelle overdragelser av denne typen ikke binder erverver av virksomhet tariffmessig, jfr. ARD-1926-3, ARD-1930-169, ARD-1936-1, ARD-1952-31, ARD-1966-345 og ARD-1974-35.⁷¹

Ut fra gjeldende rett betyr det at i slike tilfeller som ovenstående så har ny arbeidsgiver en reservasjonsrett mot etablert tariffavtale – og kan fri seg fra denne dersom han skriftlig gjør dette innen 3-ukersfristen for ”overdragelsen” overfor rett adressat. Her sammenfaller reelle hensyn med lov og forarbeider.

7.2 Reelle hensyn som kan innskrenke ny arbeidsgivers reservasjonsrett

Da verken lovtekst eller lovforarbeider gir klart svar på hvilket prinsipp som har forrang så er det naturlig å se på hvilke reelle hensyn som spesielt rettspraksis – men også juridisk teori - har vektlagt for tariffavtalens stilling i forbindelse med virksomhetsoverdragelse ved fusjon – og om det foreligger noen unntakssituasjoner som tilsier at reservasjonsretten ikke kan benyttes. Det må foretas en harmonisering av rettsreglene som eventuelt står i motstrid til hverandre.

Spørsmål kan stilles om mangel på forutberegnelighet kan medføre at rettsikkerheten blir så dårlig at retten til å reservere seg mot en tariffavtale bortfaller. Spørsmål kan også reises om illojale disposisjoner med formål å unngå eller omgå en tariffavtale medfører at reservasjonsretten bortfaller. Det kan også tenkes at arbeidstakersiden kan oppfattes å handle illojalt om de ikke sier ifra dersom en reservasjonserklæring er sendt til feil adressat – og dette kan i sin tur resultere i at arbeidsgivers reservasjonsrett allikevel er intakt.

⁷⁰ ARD-1988-38.

⁷¹ NOU 2004:5 side 392-393.

For arbeidsgiver og ansatte er forutberegnelighet vel så viktig som ”rettferdighet”.

At hovedregelen ved virksomhetsoverdragelser nå er at tariffavtalen følger med over til ny arbeidsgiver (aml § 16-2(2)1pkt) gir klar forutberegnelighet – selv om arbeidsgiversiden nok finner denne regelen urimelig i forhold til rettstilstanden før 2006.

Ny arbeidsgivers reservasjonsrett i aml § 16-2(2)2.pkt - som er et unntak fra hovedregelen - torpederer denne forutberegneligheten – men gir ny arbeidsgiver tilnærmet like rammeforhold som tidligere. Vilåårene for reservasjonsretten kan skape usikkerhet om reservasjonsretten er i behold i forhold til for eksempel overdragelsestidspunkt, om erklåringen er sendt rett adressat - eller om det dreier seg om en intern omorganisering med mer. Usikkerheten går på bekostning av forutberegneligheten for partene – men er tilnærmet lik med rettstilstanden før 2006.

Realiteten i saken eller faktum i saken vil være styrende for hvilke reelle hensyn det er relevant å vektlegge.

Ofte er det vanskelig å fastslå om retten har benyttet reelle hensyn i sine avgjørelser – da det er sjelden at retten i klartekst sier at reelle hensyn er vektlagt.

Derfor står man i fare for å spekulere i om retten har benyttet reelle hensyn i sin avgjørelse.

7.2.1 Kan det være illojalt av ny arbeidsgiver å søke og fri seg fra en tariffavtale?

Illojale handlinger oppfattes som sterkt negativt og uønskelig på alle områder av avtaleretten. Innenfor et arbeidsavtaleforhold så kan illojalitet fra arbeidstakers side være oppsigelsesgrunn – eller endog askjed, jfr aml § 13-14. Selv om utgangspunktet er at avtaler skal holdes – så viser ulike rettskildefaktorer at avtaler ikke skal holdes for enhver pris. Illojale disposisjoner er ikke beskyttelsesverdige – og man kan spørre om ikke slike disposisjoner kan være ugyldige.

Spørsmålet er om arbeidsgivers disposisjoner i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse rettslig sett kan sies å være illojale dersom de medfører at han kan fri seg fra en tariffavtale.

7.2.1.1 Er ny arbeidsgiver i et tariffavtaleforhold med innfusjonerte arbeidstakere?

I D&F-dommen tok ny arbeidsgiver og reserverte seg mot tariffavtalen før virksomhetsoverdragelsen. Spørsmålet er om ny arbeidsgiver var i et tariffavtaleforhold med arbeidstakerene. Da oppkjøpet av bedriften som senere ble innfusjonert skjedde et år i forveien så var det et løpende tariffavtaleforhold tilstede. At reservasjonen ble sendt før tidspunktet for overdragelsen fant sted tilla ikke retten noen vekt. Dersom arbeidsgiver reserverer seg før overdragelsen så kan man si at ny arbeidsgiver aldri har vært i noe tariffavtaleforhold med de innfusjonerte arbeidstakerene da avtalen bortfaller i forbindelse med overdragelsen.

Dette har trolig ingen betydning i forhold til lojalitetsbetraktningen – da lojalitetsprinsippet også kan gjelde utenfor kontrakt for eksempel i forbindelse med at partene bør avstå fra konkurrerende virksomhet.⁷²

7.2.1.2 Hva er illojale disposisjoner?

Sørsmål om hva som er illojale disposisjoner i relasjon til arbeidsmiljøloven § 16-2(2)2.pkt kan reises – samt grensedragningen mot lojale disposisjoner.

I Hovedavtalen av 2006 er det i § 2-1 avtalefestet en lojalitetsplikt mellom partene: ”For at organiserte arbeidstakere og arbeidsgivere skal sikres bred oppslutning og derigjennom fylle sin funksjon som sentrale samfunnsaktører, er det av avgjørende betydning at de i forhandlings- og konfliktsituasjoner vises respekt for organisasjonenes interesser og at ingen av partene opptrer på en måte som svekker hverandres posisjon.”⁷³

Hov/Høgberg sier at man vel ikke kan ”gå ut ifra at enhver illojalitet fører til ugyldighet – det finnes ulike grader av illojalitet og det finnes ulike grader av for eksempel uaktsomhet.”⁷⁴

⁷² Nazarian side 476.

⁷³ Hovedavtalen 2006-2009 mellom LO-NHO, §2-1 siste punktum.

⁷⁴ Hov/Høgberg side 389

For å fastslå om en disposisjon er illojal så kan man ta utgangspunkt i redelighetskravet etter avtaleloven⁷⁵ § 33. ”Dette gir uttrykk for en standard som fanger opp utviklingen i synet på hva som er lojal opptreden i kontraktsforhold.”⁷⁶

Hvorvidt en disposisjon er lojal eller illojal er enklest å fastslå for disposisjoner som ligger nær ytterpunktene for hva som anses lojalt eller illojalt – i slike tilfeller vil det normalt herske bred enighet om en disposisjon havner i den ene eller den andre kategori. Men grensen mellom disposisjoner som er lojale eller illojale er ikke knivskarp – og det er i forbindelse med disposisjoner som ligger mellom ytterpunktene at uenighet oppstår.

Det kan også hevdes at det ulovfestede saklighets- og forholdsmessighetsprinsippet innen arbeidsretten også er en side ved lojalitetsplikten.

Rettspraksis har vist at arbeidsgivers styringsrett ”begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.”⁷⁷

Fougner⁷⁸ sier at konsekvensen av dette er at en usaklig beslutning truffet av arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett settes til side som ugyldig. Styringsrettbeslutninger undergis en saklighetssensur på samme måte som usaklige oppsigelser - og kan settes til side som ugyldige.

Innholdet i en lojalitetsplikt er vanskelig å definere⁷⁹ – og dermed er også grensedragningen lojal versus illojal disposisjon vanskelig å trekke.

⁷⁵ Avtaleloven av 31.mai 1918 nr.4.

⁷⁶ Woxholth side 351.

⁷⁷ Rt-2001-418.

⁷⁸ Fougner, artikkel side 69.

⁷⁹ Hov side 39.

7.2.1.2.1 Ikke reelle overdragelser og intern omorganisering i konsern

Den sentrale rettsavgjørelsen ved ikke reelle overdragelser er

Saugbruksforeningsdommen⁸⁰ som gjaldt omorganisering av prambyggingsvirksomhet til et aksjeselskap.⁸¹

I slutningen heter det:

”Det skulde synes klart at en tariffavtales gyldighet overfor en bedrift ikke kan være avhengig av, hvilke rettslige former bedriftens innehavere finner det mest tjenlig for sig å drive virksomheten under. Det er ikke organisasjonsformene, men det faktiske økonomiske fellesskap mellom bedriftens enkelte grener som må være avgjørende og bestemmende. Det må være en naturlig og selvsagt forutsetning for en tariffavtale, at en bedrift ikke blir løst fra sine tariffplikter ved ensidige, rent organisatoriske disposisjoner som det her gjelder”.

Retten vektlegger de ”faktiske forhold” ved disposisjonen – og ikke bare organisasjonsformene.

At eierforholdene er omtrent de samme før og etter disposisjonen er ett av flere moment i vurderingen – dvs at det foreligger tilnærmet kontinuitet i eierforholdet.

Dette synet er gjentatt i senere rettsavgjørelser, jfr.ARD-1936-36, ARD 1937-163, ARD 1951-102 og ARD-1978-1.⁸²

I A-presse dommen⁸³ sa Arbeidsretten om disposisjonen: ”Realiteten i dette var at det ikke ble gjennomført noen definitiv overdragelse av virksomhet til en ny eier, men en form for utsetting av tjenesteproduksjon som ensidig kan reverseres av hver av oppdragsgiverne.”

Retten sier her at det dreier seg om en ikke-reell overdragelse – og rettspraksis, jfr.

Saugbruksforeningdommen med flere, har vist at det ikke er noe beskyttelsesverdig i å la

⁸⁰ ARD-1921-341.

⁸¹ NOU 2004:5 side 393.

⁸² NOU 2004:5 side 393.

⁸³ ARD-2004-163.

arbeidsgiver slippe overtakelse av en tariffavtale i slike tilfeller. Dette var trolig grunnen til at det ikke forelå noen dissens her slik som i Hakon-dommen.⁸⁴

Arbeidsretten konkluderte også med at det ”er mest nærliggende å karakterisere etableringen av APTS, utsetting av arbeidsoppgaver fra andre selskaper i A-pressekonsernet” samt rekruttering av ansatte fra disse som en ”rent faktisk og rettslig omorgansiering innen et konsern”, Og videre sier Arbeidsretten ”i praksis har APTS og de åtte berørte bedriftene helt ut samme eiere.” Tariffavtalen fulgte derfor med over.

Retten kunne ikke se at den nevnte rettspraksis eller andre tungtveiende grunner skulle tilsi at morselskapet og de berørte datterselskapene ved slik faktisk og rettslig omorganisering skulle kunne frigjøre seg fra sine tariffmessige forpliktelser.

Videre sa arbeidsretten: ”Etter rettens syn må det legges avgjørende vekt på at hovedtyngden – det vil si seks av åtte bedrifter – var bundet av medieoverenskomsten og de aktuelle særbestemmelser i kraft av selvstendig medlemsskap i NHO/MBL, og at hovedtyngden av arbeidstakerne i APTS ble rekruttert fra disse selskapene.

Fougner fremholder at det ikke er mulig å unnslippe tariffforpliktelser der det foreligger et usaklig motiv.⁸⁵ At det ikke skjer en reell overdragelse og at det i tillegg dreier seg om en omorgansiering internt i selskapet tilsier at det ikke er saklig at arbeidsgiver kan fri seg fra sine tariffavtalemessige forpliktelser.

7.2.1.2.2 Reelle overdragelser og intern omorganisering i konsern

Arbeidsretten har lagt til grunn at ved ”rent faktisk og rettslig omorganisering innen et konsern”, så kan ikke arbeidsgiver fri seg fra tariffavtalen.⁸⁶

Innfortolket kan det sies at det vil være illojalt av en arbeidsgiver å fri seg fra en tariffavtale ved en disposisjon slik som intern omorganisering – der arbeidsgiver har full kontroll. Det

⁸⁴ ARD-2001-1.

⁸⁵ Fougner, artikkel Virksomhetsoverdragelse og tilpasning.

⁸⁶ (ARD-2001-1) Hakon-dommen.

allmenne avtalerettslige prinsipp om at avtaler skal holdes slår igjennom til fordel for kontinuitetsprinsippet og tariffavtalens overgang.

I virksomheter av en viss størrelse skal ansattes representanter informeres og konfereres med, jfr aml § 16-5 ref asl § 13.11 - men de ansatte har allikevel små muligheter til å hindre en omorganisering som arbeidsgiver har besluttet på bakgrunn av sin styringsrett – til tross for mulig styrerepresentasjon, jfr asl § 6-4 vedrørende ansattes representanter i styret.

Når det er snakk om konsernforhold med aksjeselskap – som vel er den vanligste definisjonen av konsern – så harmoniserer disse rettsavgjørelsene med kontinuitetsprinsippet i aksjeloven – det gir kontinuitet i avtaleforholdet og på eiersiden. Forarbeidene til ny arbeidsmiljølov sier at det ikke er ment å gjøre endringer i den ”unntaksvise tariffavtaleovergangen som eksisterer i dag.”⁸⁷ Så dersom en omorganisering slik som en fusjon har som formål å ”omgå eller unngå tariffavtale”⁸⁸ så skal ikke ny arbeidsgiver ”kunne fri seg fra tariffavtalen ved å avgi en skriftlig erklæring til fagforeningen.”⁸⁹

Dette reiser spørsmålet om i hvilke tilfeller det kan sies at arbeidsgiver ønsker å fri seg fra en tariffavtale kun ved et pro-forma arrangement gjennom en intern omorganisering – slik at resultatet må bli gjennomskjæring – og arbeidsgiver forhindres fra å benytte noen reservasjonsadgang mot gjeldende tariffavtale.

I Hakon-dommen⁹⁰ var det ikke snakk om at det dreide seg om noe pro-forma arrangement – fusjonen med de 5 datterselskapene var reell nok – men rettens flertall (5 av 7 dommere) falt ned på at det dreide seg kun om en ”rettslig og faktisk omorganisering av konsernets virksomhet”. Retten uttalte videre at ”den reelle eierstrukturen ble ikke påvirket” – og konkluderte med at ny arbeidsgiver ikke kunne frigjøre seg fra tariffavtalen.

⁸⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 271.

⁸⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 271.

⁸⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 271.

⁹⁰ ARD-2001-1.

Rettens mindretall påpekte at det dreide seg om en ”reell fusjon” og viste til daværende aml § 73 B nr.2 og dens forarbeider⁹¹ og juridisk litteratur⁹² samt rettspraksis⁹³. Rettens mindretall uttalte at aksjeloven primært skal ivareta aksjonærenes interesser – og at aksjeloven var utformet lang tid før begrepet ”virksomhetsoverdragelse” ble innført i arbeidsmiljøloven.

Rettens mindretall konkluderte med at ”Hakon Detalj AS etter fusjonen ikke er bundet av tariffavtalen som sådan, men kun er bundet til å opprettholde de insividuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtalen.”

I SAS-konsortiet dommen⁹⁴ hevdet klager at SAS-konsortiet innrettet seg slik at de kun lot en begrenset del av utstyret følge med over for å omgå arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse.⁹⁵ Høyesterett tok ikke stilling til om SAS-konsortiet hadde handlet illojalt – men slo fast at identiteten var i behold, etter en gjennomgang av 5 momenter i identitetsvurderingen.⁹⁶ Høyesterett sa at de to avtalene om avising og øvrige bakketjenester måtte ses i sammenheng da ”avtalene både saklig og tidsmessig står i nær sammenheng”.⁹⁷ Høyesterett konkluderte med at arbeidsmiljølovens regler for virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse. Høyesterett valgte her å finne løsningen der ”gjerdet er lavest” – terskelen for å fastslå illojal opptreden er høyere. Rettens konklusjon ble at SAS-konsortiet ikke kunne fri seg fra tariffavtalen .

I SAS-konsortiet dommen nevnte Høyesterett i sin begrunnelse både arbeidsmiljølovens bestemmelser før og etter at ny lov kom i 2005 med virkning fra 1.januar 2006 – til tross for at ervervelsen av Braathen-aksjene skjedde før 2006. Våren 2001 og 22.august samt

⁹¹ Ot.prp.nr.71 (1991-1992) side 20 og 30 og Arbeidsrådets kommentar i NOU 1996:14 side 29.

⁹² Fougner side 67 flg.

⁹³ ARD-1966-45 og ARD-1988-38.

⁹⁴ Rt-2006-71.

⁹⁵ Rt-2006-71 avsnitt 40.

⁹⁶ Rt-2006-71 avsnitt 89 til 94.

⁹⁷ Rt-2006-71 avsnitt 77.

10.oktober 2002 ble utstyr overført til SAS-konsortiet. Fra 1.september 2002 begynte Braathens å kjøpe bakketjenester fra den nye hbakkehåndteringsvirksomheten i SAS-konsortiet – SGS - og bakketjenesten i Bratthen ble nedlagt.

Høyesterett går deretter rett til rettskildene i direktivene - rådsdirektiv 77/187/EØF som senere er presiert i rådsdirektiv 98/50/EF som senere er slått sammen til rådsdirektiv 2001/23/EF.

Også i D&F Group-dommen⁹⁸ - som kom etter at ny arbeidsmiljølov trådte i kraft - hevdet anklager subsidiært at arbeidsgiver handlet illojalt da det var de samme personene som satt på alle kanter av bordet og der de hevdet at hovedhensikten med en virksomhetsoverdragelse var å fri seg fra tariffavtalen.⁹⁹ Men Arbeidsretten konkluderte med at det forelå en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand.

Her dreide det seg om fusjon innen et konsern – men Arbeidsretten mente at reservasjonsretten var i behold da det dreide seg om et oppkjøp av et selskap et drøyt år i forveien - som senere ble innfusjonert i et datterselskap. Retten så på fusjonen som en planlagt del av disposisjonen fra erververs side ved oppkjøpet av det eksterne selskapet. De ansatte og ansattes representanter var løpende blitt informert om fremdrift og milepeler. Selv om overdragelsen er reell så kan retten avgjøre at det kun er snakk om en intern omorganisering som ikke gir arbeidsgiver rett til å reservere seg mot tariffavtalen. Det kan sies om D&F-dommen at ledelsen i overtakende selskap hadde kontroll over kjøpsprosessen av det senere innfusjonerte selskap. Dersom ledelsen hadde ønsket å få overtatt selskapet – realisert kjøpet – samt innfusjonert selskapet i løpet av kort tid – så ville de nok klart det. På den annen side så hadde ledelsen helle tiden vært åpen på at de ønsket å innfusjonere det oppkjøpte selskapet. Domsslutningen åpner opp for at ledelsen i overtakende selskap gis friere tøyler til å foreta disposisjoner over tid enn hva arbeidsmiljøloven av 2005 synes å legge opp til.

Det er heller ikke fastslått noen form for illojalitet fra de ansattes side – de ventet med sin gå sakte aksjon til Arbeidsretten hadde fattet en beslutning om virksomhetsoverdragelsen

⁹⁸ ARD-2008-13.

⁹⁹ ARD-2008-13 avsnitt 56.

allerede hadde funnet sted – og om retten til en gå sakte aksjon dermed var tapt da de ansattes tidligere tariffavtale som hjemlet retten til en gåsakte aksjon ikke lenger var gyldig.

Departementet¹⁰⁰ er ikke entydig i hvor langt kontinuitetsprinsippet virker i den nye arbeidsmiljøloven.

Arbeidsretten ”antar på denne bakgrunn at de beste grunner taler for at aksjelovens kontinuitetsprinsipp i alminnelighet har gjennomslag i forhold til bestemmelsene i aml § 16-2(2) ved fusjoner etter aksjeloven kapittel 13 mellom mor- og datterselskaper eller mellom søsterselskaper m.v. som kun har karakter av å innebære faktisk og rettslig omorganisering innen et konsern”.¹⁰¹

I andre fusjonstilfeller ”antar” Arbeidsretten at hensynet til at § 16-2(2) bør virke nøytralt uavhengig av hvilken form arbeidsgiversiden velger i overdragelsen – slik som for eksempel avtale eller fusjonsvedtak etter aksjelovens kapittel 13. Dette innebærer at det heller ikke skal være enklere for ny arbeidsgiver å fri seg fra gammel tariffavtale gjennom valg av overdragelsesmåte.

Virksomhetsoverdragelse ved fusjon er ikke illojalt i seg selv – men om hovedhensikten bak en fusjon er at arbeidsgiver ønsker å fri seg fra tariffavtalen – eller det dreier seg om en intern omorganisering i konsernlignende forhold - så er det normalt illojalt av arbeidsgiver å benytte sin reservasjonsrett.

Lang og fast rettspraksis fra Saugbruksforening-dommen¹⁰² til D&G-dommen¹⁰³ har vist at domstolene ser på de faktiske og reelle forhold i saken og ikke kun de formelle.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 271.

¹⁰¹ ARD-2008-13 avsnitt 96.

¹⁰² ARD-1921-341.

¹⁰³ ARD 2008-13.

7.2.1.2.3 Konjunkturer

Krise i selskapet, bransjen eller i næringslivet generelt kan legge lojalitetshensyn på strekk. Styrkeforholdet arbeidsgiver og ansatte går i krisetider normalt i favør av arbeidsgiver. Skillelinjen for når arbeidsgiver gjør nødvendige grep til det at arbeidsgiver utnytter den kriselignende situasjonen - til å kvitte seg med en brysom tariffavtale eller får trumfet gjennom endringer på tvers av en tariffavtale ved hjelp av manipulerende metoder - er ikke skarp.

Dersom fusjonen er en følge av en krise innenfor selskapet – eller en krise generelt for bransjen eller næringslivet som helhet – slik som for eksempel etter 11.september 2001 – så vil rasjonaliseringshensyn og kostnadsbesparelser være viktig for Arbeidsgiver – da tidene ikke åpner opp for mersalg eller økte bevilgninger, jfr SAS-konsortiet dom.¹⁰⁴

I denne dommen søkte arbeidsgiver å konkurranseutsette bakkehåndteringsvirksomheten internt i konsernet. Høyesterett tok ikke hensyn til at konjunkturerne var dårlig og ga de ansatte medhold – men hevdet heller ikke at SAS-kosortiet hadde handlet illojalt i sin begrunnelse.

7.2.1.2.4 Tilpasning til lovverket

Tilpasninger til regelverket er ikke illojalt. Spørsmålet er hva regelverket sier – om det er hull eller gråsoner i regelverket – og hva som gjelder da. Da blir det et tolkningsspørsmål og en tvist om faktum i saken – dvs realiteten i saken.

Ofte kan nok arbeidsgiver ha et ønske om å fri seg fra tariffavtalen – men om det foreligger rasjonelle grunner for en virksomhetsoverdragelse – så er ny arbeidsgiver i sin fulle rett til å reservere seg mot avtalen.

I SAS-konsortiet saken så søkte SAS-konsortiet å konkurranseutsette oppgaver på bakken til de delene av konsernet som kunne utføre arbeidsoppgavene rimeligst. Dersom vilkårene for virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljølovens kapittel 16 foreligger så kan ikke SAS-konsortiet omgå egne ansatte gjennom oppsigelser – og Høyesterett fant at vilkårene

¹⁰⁴ Rt-2006-71.

var tilstede – slik at gamle Braathens-ansatte ikke kunne forbigås med hensyn til ansiennitet.

7.2.1.2.5 Kan hensynet til lojalitet avgjøre om identitet foreligger?

Reelle hensyn kan være utslagsgivende i vurderingen ved grensendragningen om hvorvidt vilkårene for virksomhetsoverdragelse er oppfylt.

Rettsanvender kan legge vekt på om arbeidstakerne i en konkret situasjon fortjener den beskyttelse reglene i anl kapittel 16 er ment å dekke.

Spørsmål kan reises om hvorvidt retten kan vektlegge lojalitetshensyn i vurderingen av om identitet foreligger.

Reelle hensyn kan komme med i vurderingen av om identiteten er i behold vurdert i lys av EF-domstolens rettspraksis. I rettstvister så er det ofte på vilkår om identitet drøftelsene går. Jakhelln¹⁰⁵ har lagt identitetskravet inn under kravet om kontinuitet. Videre sier han at: ”Ved denne vurderingen vil det måtte tas hensyn til en rekke momenter, og vurderingen vil måtte foretas ut fra en helhetsvurdering av disse hvor det også må tas hensyn til reglenes formål. De enkelte omstendigheter kan derfor ikke vurderes isolert.”¹⁰⁶

I Olderdalen-dommen¹⁰⁷ fant høyesterett at identiteten ikke var i behold og dermed kunne ny arbeidsgiver fri seg fra tariffavtalen.

Saken var at ambulansevirksomhetsavtale med kommunen ble sagt opp overfor et firma og et annet firma ble tildelt ambulansetjenesten. Så tilbød det nye firmaet å videreføre ansettelsesforholdet under den ulovlige forutsetning at arbeidstakerene ikke kunne få organisere seg – med den følge at de ansatte valgte ikke å følge med over. Her vektla

¹⁰⁵ Jakhelln side 503.

¹⁰⁶ Jakhelln side 503.

¹⁰⁷ Rt-2001-248.

Høyesterett at ambulansetjenester kjennetegnes ved både arbeidsytelsene og materiellet – og da verken materiell eller ansatte ble overtatt var heller ikke identiteten intakt. At selve aktiviteten og kundeområdet eller kundemassen ble overtatt var ikke tilstrekkelig.

Høyesterett sier i dommen ”Slik jeg ser det, kan spørsmålet om identitet vanskelig vurderes annerledes enn ut fra situasjonen slik den faktisk ble, hvor ansatte og aktiva ikke fulgte med, og ikke slik den ville ha blitt hvis Olderdalen ambulanse AS hadde forholdt seg på annen måte. Konsekvensen av dette blir at den overtakende virksomhet med egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres.”¹⁰⁸

Denne avgjørelsen er siden kritisert

Kritikken mot avgjørelsen retter seg mot at erververen da kan fri seg fra å komme inn under reglene om virksomhetsoverdragelse ved unnlate å overta hele eller deler av driftstilbehøret - eller ved å unnlate å tilby jobb til tidligere ansatte. Ikke å ta over tidligere ansatte kan trolig være mest aktuelt i bransjer som ikke krever at de ansatte har særskilt spisskompetanse.

I lovforarbeidene heter det at ”Det bør derfor vurderes om kravet til ’identitet’ etter overdragelsen i enkelte tilfeller bør reduseres eller endres, for eksempel ved kontraktsutsetting og skifte av kontraktsinnehaver, herunder ved anbud.”¹⁰⁹

Videre sier lovforarbeidene ”Reglene om virksomhetsoverdragelse har som sitt formål å sikre arbeidstakernes stillingsvern ved overdragelse av virksomhet. Når ny innehavers eget valg med hensyn til å overta de ansatte kan få som konsekvens at dette stillingsvernet bortfaller vil det lett fremstå som et paradoks.”¹¹⁰

Og man kan vel i slike situasjoner da snakke om at ny arbeidsgiver ikke er lojal overfor ansatte og deres tariffavtale.

¹⁰⁸ Rt-2001-248.

¹⁰⁹ NOU 2004:5 side 364.

¹¹⁰ NOU 2004:5 side 365.

Departementet mente det var vanskelig å lovfeste en regel som løste problemet og kastet ballen over til domstolene med å uttale at ”den videre rettsutviklingen bør etter departementets vurdering skje ved rettspraksis.”¹¹¹

Da det var spørsmål om reglene for virksomhetsoverdagelse kom til anvendelse ved overføring av Braathens bakke- og avisingstjeneste til SAS-konsortiet fant Høyesterett - etter å ha vektlagt kriterier oppsatt av EF-domstolen for om identitet forelå - og deretter fastslo at det var nær saklig og tidsmessig sammenheng mellom de to avtalene – at reglene for virksomhetsoverdragelse kom til anvendelse ved denne overdragelsen.¹¹²

De ansattes hjelpeintervenienter hevdet at da arbeidsgivers styringsrett er undergitt en saklighetsbegrensning¹¹³ så må Høyesterett skjære gjennom den konstruksjon som SAS-konsortiet har bygget opp. Og videre het det at ”transaksjoner mellom parter som står i et innbyrdes økonomisk og rettslig interessefellesskap må bedømmes ut fra sin faktiske og rettslige totalitet.”¹¹⁴

Dette tok Høyesterett til seg og uttalte: ”Etter min mening er det nok grunn til å tro at identitetsvilkåret oftere vil være oppfylt ved virksomhetsoverdragelser mellom selskaper som har et interessefellesskap. Spørsmålet om identiteten er i behold, må imidlertid også i disse tilfellene baseres på de kriterier som EF-domstolen har utviklet.”¹¹⁵

Høyesterett mener vel med dette at det ikke er et absolutt krav ved identitetsvurderingen at det må dreie seg om et selskap i et rent konsernforhold – men at også virksomheter i ”interessefellesskap” kan omfattes.

Høyesterett synes å ha stilt lavere krav til at identiteten var i behold i denne saken enn i Olderdalen avgjørelsen. Muligens er dette et resultat av kritikken som ble reist mot

¹¹¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 258.

¹¹² Rt-2006-71.

¹¹³ Rt-2001-418.

¹¹⁴ Rt-2006-71 avsnitt 48.

¹¹⁵ Rt-2006-71 avsnitt 88.

Olderdalen-dommen – og retten synes å ha vektlagt vernehensynet til ansatte sterkere i den siste dommen. Dog må sies at det forelå større grad av eierkontinuitet i SAS-konsortiet dommen – slik at det neppe kan sies at det var skifte av arbeidsgiver.

Nyere rettspraksis fra EF-domstolen synes å gå i retning av å verne arbeidstakerene i større grad – og slik sett harmonerer SAS-konsortiet dommen med rettsutviklingen.

7.2.1.3 Mulig feil adressat for reservasjonserklæringen – passivitet – illojalt av fagforening?

I D&G-dommen¹¹⁶ var en av problemstillingene om arbeidsgiversiden hadde sendt erklæringen til feil adressat – arbeidsgiver hadde sendt erklæringen til den lokale klubben. Arbeidsretten mente at dette ikke var et poeng og la ”avgjørende vekt på” at de ansattes organisasjoner SAFE og Parat hadde forholdt seg passive og ikke informert arbeidstakersiden om den mulige ugyldighetsgrunnen for å kunne benytte reservasjonsretten.

” Videre har SAFE-klubben etter det opplyste erklært overfor bedriften at det nå er fellesoverenskomsten for byggfag som gjelder for de tidligere ansatte ved D&F Group Stavanger AS. Til dette kommer at heller ikke YS på noe tidspunkt før hovedforhandlingen, og heller ikke under tvisteforhandlingsmøtet med NHO den 19. september 2008, har reist innsigelser om formfeil. Den passiviteten som her er utvist, må binde arbeidstakersiden”.¹¹⁷

Videre sier Arbeidsretten: ”Arbeidsretten er på denne bakgrunn kommet til at den nye arbeidsgivers erklæring av 21. april 2008 om frigjøring fra verkstedsoverenskomsten er bindende. Det følger imidlertid av rettens bemerkninger foran at den først hadde virkning fra overdragelsestidspunktet, som i vår sak er 16. mai 2008”.¹¹⁸

¹¹⁶ ARD-2008-13.

¹¹⁷ ARD-2008-13 avsnitt 86.

¹¹⁸ ARD-2008-13 avsnitt 87.

Ut i fra allminnelige reklamasjonsregler så vil det at man ikke reklamerer overfor det en motpart gjør gjeldende kunne ha samme virkning som en positiv aksept.¹¹⁹ ”Ved å la passiviteten få uheldige følger for den passive, kan både han selv og andre bli tilskyndet til å reagere.”¹²⁰

¹¹⁹ Hov/Høgberg side 97.

¹²⁰ Hov/Høgberg side 98.

8 Unntak fra kontraktsbrudd

Etter å ha fastslått om det foreligger en reell eller ikke-reell overdragelse – så kan man se på om det foreligger andre særskilte grunnlag for om en tariffavtale følger med over ved en virksomhetsoverdragelse.

Det foreligger ikke noe legalt unntak for tariffavtaler i aksjelovens kapittel 13.

”Spørsmålet om tariffavtalens stilling er ikke berørt i forarbeidene til nåværende aksjelov av 1997”.¹²¹

Som hovedregel vil ikke en fusjon innebære noe kontraktsbrudd fra selskapets side.¹²²

I forarbeidene¹²³ uttaler aksjelovgruppen seg under alminnelige merknader ved fusjon:

”15.2.3.4 *Kontrakter*. Verken aksjeloven eller EFs tredje selskapsdirektiv har bestemmelser om selskapenes kontraktsparter ved fusjon. Begge regelsett bygger på den forutsetning at en fusjon ikke er et kontraktsbrudd. I aksjelovens forarbeider er forutsatt at en kontraktspart etter omstendighetene kan påberope fusjonen som brist i en vesentlig forutsetning for kontrakten, slik at han kan heve denne. Det er også forutsatt at særregler for spesielle kontraktstyper kan lede til at fusjonen kan påberopes som bortfallsgrunn. Slike regler kan også følge av den enkelte kontrakt eller en rimelig tolkning av denne.”

Uttalelsen kan tolkes dithen at tariffavtaler kan bortfalle som følge av dens ordlyd eller som følge av en ”rimelig tolkning” av tariffavtalen.

Forarbeidene til aksjeloven åpner opp for at kontraktspart ved en fusjon ”etter omstendighetene” kan påberopes som en brist i en vesentlig forutsetning og dermed kreve heving.¹²⁴ Terskelen for heving antas å være høy. Spørsmål kan stilles om hvor relevant en eventuell heving er i forbindelse med en tariffavtale.

¹²¹ NOU 2004:5 side 394.

¹²² NOU 1992:29 side 202.

¹²³ NOU 1992:29 side 198.

¹²⁴ NOU 1992:29 side 202.

I Hakon-dommen¹²⁵ fra 2001 viser Arbeidsretten til Skåres¹²⁶ uttalelse om aksjeloven fra 1976 § 14-1: ”2. Hvis det foreligger fusjon slik det er definert i § 14-1, kan selskapet overdra ikke bare eiendeler, men også rettigheter og forpliktelser. Denne overføring av rettigheter kan finne sted uten hensyn til om rettigheter kan overdras etter vanlige obligasjonsrettslige regler. Fusjonsreglene åpner altså for en overdragelsesmulighet som ellers ikke eksisterer. Dette får bl.a betydning for det overdragende selskaps rettigheter etter arbeidsavtaler og agentkontrakter, enkelte leieavtaler og lisensavtaler. Forutsetningen for at denne overdragelsesmulighet kan benyttes er, som påpekt under 1, at eiendeler, rettigheter og fordringer overdras som en helhet: Det kan ikke bestemmes at visse avtaler skal holdes utenfor. Overdragelsesadgangen korresponderer derfor med en plikt for det overtakende selskap til å overta rettighetene med den plikt til motytelse dette innebærer. Det er forutsatt at opplegget kan skape enkelte vanskeligheter bl.a ved tariffavtaler. Innen det overtakende selskap kan være en ulempe å måtte operere med flere slike avtaler for like grupper arbeidstakere. En harmonisering for så vidt må imidlertid søkes oppnådd ved avtale.”

Videre uttaler Arbeidsretten i samme dom¹²⁷ at ”Den rettsoppfatning som her kom til uttrykk for så vidt gjelder tariffavtalens stilling ved fusjon etter aksjelovgivningens bestemmelser, synes - etter det retten kan se - å ha vunnet feste i senere arbeidsrettslig og selskapsrettslig litteratur. Retten viser til de referanser saksøkerne har gitt i sine anførsler. For fullstendighetens skyld skal nevnes at det finnes avvikende oppfatninger. Retten viser særskilt til fremstillingen i Fougner, Arbeidsavtalen, 1999, s. 67 flg., hvor forfatteren etter en omfattende drøftelse holder konklusjonen nokså åpen.”

I Hakon-dommen fremhevet arbeidstakersiden juridisk litteratur til støtte for at tariffavtalen var bindende etter fusjonen:

¹²⁵ ARD-2001-1.

¹²⁶ Lov om aksjeselskaper med kommentarer 1976 s280.

¹²⁷ ARD-2001-1.

”I den juridiske teori er det forholdsvis entydig gitt uttrykk for at tariffavtalen følger med ved fusjon.”¹²⁸

Videre sier Arbeidsretten i Hakon-dommen¹²⁹: ” Sammenfatningsvis vil Arbeidsretten på denne bakgrunn peke på at ordlyden i aksjelovens § 13-2 første ledd og § 13-16 første ledd nr. 3, bestemmelsenes forarbeider og forhistorie, samt uttalelser i juridisk litteratur, gir støtte for at de rettigheter og plikter som følger av at det overdragende selskap er tariffbundet, overføres til det overtakende selskapet i kraft av fusjonen. Forarbeidene utelukker på den annen side ikke modifikasjoner på dette punkt. Videre er det et gjennomgående trekk ved den foreliggende juridiske litteraturen at konklusjonene - på et par unntak nær - ikke bygger på noen dyptgående eller nyansert drøftelse av det sammensatte spørsmålet om tariffavtalens stilling ved fusjon.”

I juridisk litteratur finnes spor av at forfatterne mener at tariffavtalen følger med over ved virksomhetsoverdragelse - samtidig er det forfattere som mener at tariffavtalen ikke følger med over ved virksomhetsoverdragelse.

De to ulike hovedretningene begrunner begge dette med at verken aksjeloven selv eller forarbeidene sier noe eksplisitt om tariffavtalers overgang ved fusjon.

8.1 Ved avtale

Avtale kan sette skranker for om tariffavtalen kan overføres.

Spørsmålet er om tariffavtalen selv kan sette skranke om at tariffavtalen skal- eller ikke skal følge med over ved virksomhetsoverdragelse. Eller om tariffavtalen selv kan sette vilkår for hva som skal skje ved virksomhetsoverdragelse.

¹²⁸ ARD-2001-1

¹²⁹ ARD-2001-1.

Kan tariffavtalen selv sette som begrensning at tariffavtalen uansett skal følge med over ved virksomhetsoverdragelse?

Partene har i utgangspunktet avtalefrihet til å inngå avtale om hva de vil. Spørsmålet er om det finnes begrensninger for partenes avtalefrihet i lov eller på annet grunnlag som kan forhindre tariffavtalen å inneholde en slik klausul. Jakhelln sier at så langt en tariffavtale er i strid med en ufravikelig lovbestemmelse så vil den være ugyldig.¹³⁰

Da overdragelse av tariffavtalen normalt vil være til arbeidstakers gunst – og i tråd med mindretallets forslag i forarbeidene¹³¹ som LO støttet – så vil en klausul om automatisk overgang være i orden ut i fra arbeidsrettslige regler. Dette går ikke på tvers av preseptorisk lovgivning til vern av arbeidstakerne, jfr arbeidsmiljøloven § 1-9. Og ny arbeidsgiver kan ikke protestere - da han selv har vært med på å fremforhandle klausulen i tariffavtalen. Jakhelln skisserer at det kan tenkes at en klausul som er ment å være konkurranseregulerende går lenger enn hva formålet med en tariffregulering er – og at denne klausulen kan være i strid med konkurranselovgivningen – og at klausulen på bakgrunn av dette må settes tilside.¹³²

Det kan også være andre forhold som begrenser overgangsklausuler og som kan sette dem tilside, se nedenfor.

Dersom tariffavtalen sier at tariffavtalen ikke skal følge med over ved en virksomhetsoverdragelse så vil dette være ulovlig etter preseptorisk lovgivning, jfr aml § 1-9 – om ikke alternativet er en ordning som er bedre enn den gamle tariffavtalen. En tariffavtalefestet klausul om at tariffavtalen ikke følger med over ville uthule vernet av arbeidstakerne – og vil måtte være ulovlig – om det ikke foreligger begrensninger i forholdet mellom eksisterende tariffavtale hos ny arbeidsgiver og tariffavtale i overdragende virksomhet - som kan forhindre en tariffavtaleovergang.

¹³⁰ Jakhelln side 105.

¹³¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 269.

¹³² Jakhelln side 105.

Videre så kan selve overdragelsesavtalen¹³³ eller fusjonsavtalen sette som begrensning at reservasjonsretten ikke kan benyttes – og da har ny arbeidsgiver forhandlet seg vekk fra sin mulige reservasjonsrett.

8.2 Ved formelle og praktiske forhold

Formelle og praktiske forhold kan avgjøre om arbeidsgiver har en reservasjonsrett.

Arbeidsgiver og innfusjonerte selskap kan i utgangspunktet ha ulike tariffmessige posisjoner.

Dette er oppsummert i Securitas-dommen¹³⁴: ”Det foretak som overdrar virksomhet, kan være selvstendig part i en tariffavtale. Ofte vil forholdet imidlertid være - som i denne saken - at foretaket ikke er tariffpart, men bundet gjennom medlemskap i en arbeidsgiverforening og tariffpartenes bestemmelser om å gjøre tariffavtalen gjeldende for bedriften. Videre kan erververen være medlem av samme arbeidsgiverforening som overdrageren, av en annen arbeidsgiverforening, eller ikke organisert. Erververen kan dessuten fra tidligere være bundet av andre tariffavtaler, og dels kan organisasjonsmessige avtaler ha bestemmelser om vilkår for å gjøre en tariffavtale gjeldende for en bedrift”.

I Hakon-dommen¹³⁵ sies det: ” Alt etter hvilke tariffrettslige posisjoner det overdragende og det overtakende selskap har på fusjonstidspunktet, vil det således kunne oppstå kompliserte spørsmål av såvel materiell som prosessuell karakter dersom de tariffmessige rettigheter og plikter som følger av at det overdragende selskapet er tariffbundet, skal anses som overført til det overtakende selskapet. Det forhold at anvendelse av aksjelovens kontinuitetsprinsipp etter omstendighetene kan medføre vanskelige spørsmål av praktisk,

¹³³ Engelsrud side 420.

¹³⁴ ARD-1988-38.

¹³⁵ ARD-2001-1.

materiellrettslig eller prosessrettslig karakter, kan imidlertid ikke medføre at prinsippet uten videre forkastes på dette felt.”

Men dette åpner opp for at selskapenes tariffrettslige posisjoner kan medføre at tariffavtalen ikke følger med over ved en virksomhetsoverdragelse.

I Hakon-dommen var ikke det overtakende selskapet tariffbundet. Her sa Arbeidsretten at ”Retten trenger ikke gå inn på spørsmålet om i hvilke former et overtakende selskap kan bli tariffbundet. Det spørsmålet arbeidsretten tar stilling til er om det overtakende selskap under de foreliggende omstendigheter er bundet av landsovenrenskomsten *som sådan* i samme omfang som det overdragende selskapet var det.”¹³⁶

Spørsmål kan reises om virksomhetsoverdragelse er en endring av partsforholdet som vil ha betydning for tariffavtalens overgang.

Medfører virksomhetsoverdragelse at det skjer en endring av partsforholdet.

Etter kontinuitetsprinsippet så skal en virksomhetsoverdragelse i utgangspunktet ikke ha betydning. Kontinuitet i partsforholdet foreligger.

Som tidligere nevnt er fusjon etter aksjelovens kapittel 13 en juridisk konstruksjon som fungerer ”slik at det ikke finner sted noe identitetsskifte i forhold til det overdragende selskaps aksjonærer og medkontrahenter.”¹³⁷

Men i praksis vil det skje en endring av partsforholdet – da det overdragende selskap mister sitt foretaksnummer og får foretaksnummeret til overtakende selskap. Slik sett kan man si at det foreligger et partsskifte – og dermed en endring av partsforholdet på arbeidsgiversiden.

Så er spørsmålet hvilken betydning endring av partsforholdet har.

¹³⁶ ARD-2001-1.

¹³⁷ Andenæs side 580.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven heter det at ved overgang av tariffavtalen så finnes det både praktiske og formelle vanskeligheter.¹³⁸ I Hovedavtalen 2006-2009 mellom LO og NHO så finnes det regler - i § 3-7 og følgende - om vilkår for å sette en tariffavtale i kraft. Forarbeidene sier at ”disse reglene innebærer at det ikke er noen automatikk i at en tariffavtale kommer til anvendelse i en virksomhet, selv ikke i de tilfeller der overdrager og erverver er medlemmer i samme arbeidsgiverforening.”¹³⁹

I Hakon-dommen sa arbeidsretten at det overtakende selskapet var bundet av landsoverenskomsten ”som sådan”. Arbeidsretten tok i Hakon-dommen ikke stilling til problemer som kunne oppstå ved at overtakende selskap ikke var tariffbundet eller ”om i hvilke former ”¹⁴⁰ overtakende selskap kan bli tariffbundet og medlem av gjeldende arbeidsgiverforening.

Departementet var opptatt av at ved en automatisk tariffavtaleovergang så kunne ny arbeidsgiver ved lov bli bundet av to konkurrerende tariffavtaler og ”kanskje også i strid med uttrykkelige klausuler i den tariffavtalen ny arbeidsgiver allerede er bundet av som forbyr slike konkurrerende avtaler.”¹⁴¹

Dersom overdragendes virksomhet blir overtatt av overtagende selskap og tariffavtale blir avtalt direkte mellom ny arbeidsgiver og fagforeningen – men uten at ny arbeidsgiver er medlem av overordnet arbeidsgiverorganisasjon – blir spørsmålet hva som er situasjonen da. Ny arbeidsgiver må vel da melde seg inn i overordnet arbeidsgiverorganisasjon – om det ikke er noen hindringer for dette. En slik hindring kan være at eksisterende tariffavtale hos samme arbeidsgiver har klausul mot konkurrerende tariffavtale. I såfall må ny arbeidsgiver forhandle med de ansatte – enten eksisterende eller nye – for å få harmoni mellom tariffavtalene.

¹³⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 270.

¹³⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 270.

¹⁴⁰ ARD-2001-1.

¹⁴¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 270.

Spørsmålet er om man kan ha konkurrerende tariffavtaler

Arbeidsgiver eller arbeidsgiverforeningen står fritt til å inngå tariffavtaler med flere avtaleparter og gi disse avtalene ulikt innhold utifra det ulovfestede kontraktsrettslige prinsippet om avtalefrihet – frihet til å inngå avtaler som man selv vil med hvem man vil.

Jakhelln sier at ufravikelighetsprinsippet etter arbtvl § 3nr.3 er ”ikke til hinder for at en fagforening inngår avvikende tariffavtale med andre tariffparter, jfr. ARD 1945-48 side 55, om ikke annet er fastsatt i tariffavtalen. Tilsvarende gjelder for en arbeidsgiverforening, likevel slik at en tariffbundet arbeidsgiver ikke kan gi andre fagforeningers medlemmer dårligere vilkår.”¹⁴²

Forarbeidene sier at ”Arbeidsgiversiden kan dermed samtidig ha flere tariffforhold for samme type arbeid. Det å inngå en annen tariffavtale med et annet innhold kan være et tariffbrudd.”¹⁴³

Forarbeidene nevner videre at tariffavtalen selv kan ha begrensninger av ulik grad i adgangen til å inngå tariffavtaler med andre. Det kan dreie seg om sperreklausuler, reforhandlingsklausler eller klausuler om representativitet.

Imidlertid så kan det aksepteres at arbeidsgiver inngår konkurrerende tariffavtaler i visse tilfeller.

”Forutsetningen for begrensningene i arbeidsgivers adgang til å inngå konkurrerende tariffavtaler er at man, helt eller delvis, befinner seg innenfor det virkeområdet som reguleres av eksisterende tariffavtale. Ufravikelighetsnormene stiller imidlertid ikke krav om fullstendig identitet mellom tariffavtaler. At tariffavtaler er ulikt utformet, representerer således ikke i seg selv noe tariffbrudd. Det er heller ikke nødvendig at forskjellige tariffavtaler leder til det samme resultat til enhver tid. Avgjørende er om de over tid generelt sett leder til en reell likebehandling.”¹⁴⁴

¹⁴² Jakhelln side 582.

¹⁴³ NOU 2004:5 side 397.

¹⁴⁴ NOU 2004:5 side 397.

Om man befinner seg innenfor det virkeområde som tariffavtalen omhandler vil være et tolkningsspørsmål – som i siste instans vil avgjøres av Arbeidsretten.

Rettsvirkningene ved ulovlig inngåtte konkurrerende tariffavtaler er usikkert – men den part som er blitt krenket kan kreve erstatning om alle vilkår for dette er oppfylt.

8.3 Andre omstendigheter

Andre omstendigheter som kan være bestemmende om arbeidsgivers reservasjonsrett er i behold er endring i eierskap/kontroll og diskriminering.

8.3.1 Eierforhold

Endring av eierforhold kan få betydning for om tariffavtalen følger med over eller ikke.

Dersom eierforholdet er endret så kan dette tale for at reservasjonsretten er i behold.

Når retten sier at det kun dreier seg om en ”rettslig og faktisk omorganisering” av konsernet eller en konsernlignende struktur så betyr dette at eierforholdet og kontroll av selskapet i realiteten i stor grad er uforandret – at kontrollen over selskapene utøves av de samme eierne og i om lag det samme eierforhold.

8.3.2 Diskriminering

Er reservasjonen en forskjellsbehandling på grunn av fagforeningsmedlemsskap?

En usaklig forskjellsbehandling vil stride mot preseptorisk lovgivning til vern om ansattes organisasjonsfrihet – og kan hindre ny arbeidsgiver i å benytte seg av sin reservasjonsrett, jfr aml § 13-1(1).

9 LITTERATURLISTE

9.1 Lover

arbeidsmiljøloven av 17.juni 2005 nr.62 (aml),
aksjeloven av 13.juni 1997 nr.44 (asl),
allmennaksjeloven av 13.juni 1997 nr.45 (asal),
arbeidstvistloven av 5.mai 1927 nr.1 (arbtvl),
avtaleloven av 31.mai 1918 nr.4 (avtl)

9.2 Forarbeider

NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget
NOU 1996:14	Prinsipper for ny arbeidstvistlov
NOU 1996:3	Ny aksjelovgivning
NOU 1992:29	Lov om aksjeselskaper
Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp.nr.23 (1996-1997)	Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Ot.prp.nr.71 (1991-1992)	Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale

9.3 Litteratur

- Andenæs, Mads Henry, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, 2.utgave, Oslo 2006
- Andenæs, Mads Henry, Rettskildelære, Oslo 1997.
- Eckhoff, Torstein Rettskildelære, 5.utgave, Universitetsforlaget, 2001 Oslo.
- Engelsrud, Gerd, Styring og vern, Cappelen Damm 2009, 4.opplag.
- Fleischer, Carl August, Rettskilder og juridisk metode, Oslo 1998, Ad Notam Gyldendal.
- Fougner, Jan, Arbeidsavtalen, 1999, Tano Aschehoug.
- Giertsen, Johan, Fusjon og fisjon, Bergen 1999, Universitetsforlaget.
- Hov, Jo, Avtaleslutning og ugyldighet, Oslo 1998.
- Hov/Høgberg, Alminnelig avtalerett, Oslo 2009, Papinian.
- Jakhelln, Henning, Oversikt over arbeidsretten, 4.utgave, 2.opplag 2007.
- Nazarian, Henriette, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Oslo 2007, Cappelen Forlag.
- Stokke/Evju/Frøland, Det kollektive arbeidslivet; organisasjoner, tariffavtaler. Lønnsoppgjør og inntektspolitikk, Oslo 2003, Universitetsforlaget.

9.4 Artikler

- Evju, Stein Nytt fra Privatretten nr.4./2008: Fusjon, diskontinuitet for tariffavtale. Reservasjon før overdragelse, aml. § 16-2 – Arbeidsrettens dom 20.oktober 2008 (Inr.24/2008).
- Fougner, Jan Virksomhetsoverdragelse og tilpasning, Arbeidsrett nr.1, 2006 side 65.

9.5 Rettsavgjørelser

ARD-2008-13	D&F Group as – temporeduksjon
ARD-2008-8	ALT-dommen (fusjon petroleumsvirksomheten til Norsk Hydro asa med Statoil asa)
ARD-2004-163	A-presse dommen
ARD-2001-1	Hakon-Gruppen
ARD-1988-38	Securitas-dom
ARD 1921-341	Prambygger dom (Saugbruksforeningen)

EF-domstolens dom av 18.mars 1986; Josef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir CV og Alfred Bendik en Zonen BV (61985J0024).

Rt-2006-71	SAS-konsortiet. Braathens bakke- og avisingstjeneste overføres SAS konsortiet
Rt-2001-418	Arbeidsgivers styringsrett
Rt-2001-248	Olderdalen ambulanse

9.6 Oppslagsverk på nettet

Gyldendals Rettsdata www.rechtsdata.no

- aksjeloven note 2036 ved Hugo P. Matre
- arbeidsmiljølov note 622 flg ved Ingeborg Moen Borgerud

www.lo.no/Documents/Lonn_tariff/Hovedavt_lo-nho_web.pdf

- Hovedavtalen 2006-2009 mellom LO-NHO

www.Lovdata.no